حاشية كتاب المكاسب

تأليف

العلامة الفقيه المحقق

السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي

المتوفى سنة ١٣٣٧ هـ

المجلد الثاني

تحقيق

الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

نشر

دار المصطفى صلى الله عليه وآله لإحياء التراث

٣٤

حاشية

كتاب المكاسب

٣٤

حاشية كتاب المكاسب

تأليف

العلامة الفقيه المحقق

السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي

المتوفى سنة ١٣٣٧ هـ

المجلد الثاني

تحقيق

الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

نشر

دار المصطفى ﷺ لإحياء التراث

نشر
دار المصطفى ﷺ لإحياء التراث

يطلب من:

لبنان ـ بيروت ـ ص.ب: ١٩٧ / ٢٤ ـ برج البراجنة ـ بعبدة ٠٢٠٢٧١٠١ هاتف: ٠٠٩٦١١٥٤٠٦٧٢

سوريا ـ دمشق ـ ص.ب: ٧٣٣ ـ السيدة زينب ـ تلفاكس: ٠٠٩٦٣١١٦٤٧٠١٢٤

إيران ـ قم ـ خ سمية ـ ١٦ مترى عباس آباد بلاك ٢٤ هاتف: ٧٧٣٨٨٦٥ ـ فاكس: ٧٧٣٨٨٥٥

البريد الالكتروني INFO@DAR-ALMUSTAFA.NET

الموقع WWW.DAR.ALMUSTAFA.NET

اسم الكتاب: .... حاشية كتاب المكاسب ج٢

تأليف: .... السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي

تحقيق: .... الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

نشر وتوزيع: .... دار المصطفى ﷺ لإحياء التراث

العدد: .... ١٢٠٠ نسخة

المطبعة: .... ستاره

الطبعة: .... الأولى ١٤٢٣ هـ ـ ٢٠٠٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

شُرُوطُ المُتَعَاقِدَيْن

شروط المتعاقدين

❏ الشرط الاول: البلوغ

١ ـ **قوله**ﷺ: **(بطلان عقد الصبي** ...الخ)[١].

أقول: لا بأس بالاشارة الاجمالية إلى أحكام الصبي في أفعاله، وأنَّ أيها ثابت في حقه، وأيها منفي، وأيها محل الاشكال فنقول:

لا إشكال في ثبوت الأحكام الوضعية الغير الموقوفة على القصد والنية في حقه كالضمان بالاتلاف، واليد، والجنابة، والحدث، والنجاسة، والطهارة ونحو ذلك، وأمَّا غير ذلك مما يعتبر فيه القصد فمقتضىٰ القاعدة استحباب المستحبات العقلية عليه إذا أدركها عقله، بل لا يبعد أنْ يقال بوجوب واجباتها على الفرض المذكور.

ومن هنا يمكن أنْ يحكم بصحة اسلامه إذا كان أبواه كافرين، وقد حكي عن الشيخ الحكم باسلام المراهق، قال: (فإنْ ارتد بعد ذلك حكم بـارتداده، وإنْ لم يتب قتل)[٢]، وعن الدروس[٣] أنَّه قريب، وعن مجمع البرهان (أنَّ الحكم باسلام المراهق غير بعيد؛ لعموم «من قال لا إله إلّا الله محمد رسول الله ﷺ فهو مسلم»[٤] و «قاتلوهم حتى يقولوا لا إله إلّا الله»[٥] قال وأمثاله كثيرة، وأنَّهم إذا قدروا عـلى الاستدلال وفهموا أدلة وجود الواجب والتوحيد وما يتوقف عليه وجوب المعرفة

---

(١) كتاب المكاسب ٣:٢٧٥.
(٢) الخلاف ٢: ٢٤٧.
(٣) الدروس الشرعية ٢: ٧٩.
(٤) المستدرك ١: ٧، باب ١، ح ٤.
(٥) متشابه القرآن ٢: ٢٢٦.

والنظر[١] يمكن أنْ يجب عليهم ذلك؛ لأنَّ دليل وجوب المعرفة عقلي، ولا استثناء في الأدلة العقلية، فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن أنْ يجب ذلك وإذا وجب صح، كما أنّه يلزم من صحته وجوبه، ثم حكىٰ عن بعض العلماء التصريح بأنَّ الواجبات الاصولية العقلية تجب على الطفل قبل بلوغه دون الفرعية، والظاهر أنَّ ضابطه القدرة على الفهم والاستدلال على وجه مقنع)[٢] انتهىٰ.

وفي الجواهر (أنّه كالاجتهاد في مقابلة المقطوع به نصاً وفتوىً من رفع القلم، قال وأمّا قبول إسلام علي عليه السلام فهو من خواصه، وما عن الخلاف من رواية أصحابنا[٣] أنَّ الصبي إذا بلغ عشراً أُقيمت عليه الحدود التامة، وأُقتص منه وتنفذ وصيته وعتقه لا جابر له، بل أعرض عنه الأصحاب كالمرسل عنه كل «مولود يولد على الفطرة»[٤]، مضافاً إلى إجمال دلالته)[٥].

قلت: القول بقبول إسلامه قريب جداً، ولكن لو ارتد بعد ذلك كان كما إذا ارتد المتولّد بين المسلمين لا يقام عليه الحد؛ لحديث رفع القلم[٦] فانّه دال على عدم الحد، وأمّا وجوب الاسلام أو صحته فلا مانع منه بعد كونه عقلياً، فتدبّر.

وأمّا عباداته من الصلاة والصوم والحج وغيرها فالظاهر أنّها صحيحة شرعية كما عن المشهور، وعن بعضهم[٧] أنّها شرعية تمرينية، والحق الأول وإنْ كانت الحكمة التمرين، ولعله مراد الأخير.

ويدل على ما قلنا الأخبار الواردة في الصلاة والصوم والحج فإنَّ ظاهرها الشرعية من غير فرق بين الواجبات والمستحبات، بل يمكن أنْ يقال إنَّ خطابات

---

(١) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي «أ» الاسلام.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٤١٠.
(٣) الخلاف ٢: ٢٤٨.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٤٨ من ابواب جهاد العدو وما يناسبه، ح ٣، وفيه (ما من مولود يولد الا على الفطرة).
(٥) جواهر الكلام ٣٨: ١٨٢.
(٦) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات، ح ١٠.
(٧) كما عن الشهيد في روض الجنان، حيث رجح أنها تمرينية، ٣٣٩.

المستحبات شاملة للصبي أيضاً، خصوصاً إذا كانت بطريق الوضع؛ إذ القدر المعلوم رفع قلم التكاليف الواجبة وهذا لا ينافي ثبوت الاستحباب، ففي الواجبات وإنْ كانت الخطابات من حيث إرادة الوجوب منها غير شاملة له، إلّا أنّ الأخبار المشار إليها دالة على تكليفه بها ندباً، وأمّا في المستحبات فمضافاً إلى ذلك يمكن دعوىٰ شمول أدلتها .

ثم بعد ما كان الظاهر من تلك الأخبار أنّ الصلاة الواجبة على البالغ مستحبة على الصبي، ويؤيده ما ورد من الأخبار في جواز إمامته، فلازمه فيما لو صلىٰ الظهر مثلاً تطوعاً ثم بلغ في أثناء الوقت أنْ لا يجب عليه الاعادة كما حكي عن الشيخ في المبسوط [1] خلافاً للمشهور حيث يقولون بوجوب الاعادة حتى فيما لو بلغ ولم يبقَ من الوقت إلّا مقدار ركعة؛ لتعدد السبب الكاشف عن تعدد المسبب.

وهو كما ترىٰ؛ لمنع التعدد في المسبب، وإنّما المتعدد وجهه، فقبل البلوغ مستحب وبعده واجب، وإلّا فذات العمل واحد.

نعم في باب الحج إذا حج مستحباً لا يجزيء عن حجة الاسلام إلّا إذا بلغ قبل الموقف، والوجه في المستثنىٰ منه النص الكاشف عن أنّ ما يفعله ليس حجة الاسلام،كالخبر عن الصادقعليه السلام (لو أنّ غلاماً حج عشر حجج ثم احتلم كانت عليه فريضة الاسلام)[2]، وآخر عن أبي الحسنعليه السلام (عن ابن عشر سنين يحج ؟ قالعليه السلام: عليه حجة الاسلام إذا احتلم، وكذا الجارية عليها الحج إذا طمثت)[3]، هذا مضافاً إلى الاجماع.

وأمّا في المستثنىٰ فهو الأخبار الواردة[4] في أنّ من أدرك المشعر أدرك الحج، بدعوىٰ عدم الفرق بين الادراك بالبلوغ والكمال وغيرهما، وربّما يستأنس له بما

---

(١) المبسوط ١:٧٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٣ من ابواب وجوب الحج وشروطه، ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب وجوب الحج وشروطه، ح ١.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٢٣ من ابواب الوقوف بالمشعر، ح ٨، ٩، ١٣، وغيرها.

ورد في المملوك الذي اعتق يوم عرفة كصحيح معاوية بن عمار قلت: (لأبي عبدالله عليه السلام مملوك اعتق يوم عرفة ؟ فقال عليه السلام: إذا أدرك أحد الموقفين فقد أدرك الحج)(١)، ولكن في المسألة اشكال وإنْ كان المشهور على ذلك، ولذا تردد فيه في النافع(٢) والشرائع(٣) الجامع للشرائع(٤)، هذا.

والظاهر عدم الاشكال في تملّك الصبي المباحات بالحيازة، ويجوز له إحياء الموات وإنْ كان ذلك موقوفاً على القصد، وكذا يثبت له حق السبق إلى مكان مباح، ويثبت له حق الالتقاط في اللقطة والضالة ولو لم يكن باذن الولي، كل ذلك لعموم الأدلة.

نعم الظاهر إجماعهم على عدم ثبوت الولاية على اللقيط؛ حيث يعتبرون فيه البلوغ، وأمّا عقوده وايقاعاته فالظاهر عدم نفوذها إذا صدرت منه على وجه الاستقلال، أي بدون إذن الولي من غير اشكال ولا خلاف إلّا في موارد:

أحدها: الوصية؛ حيث إنّ المشهور بينهم صحتها منه إذا بلغ عشراً، بل نسب بعضهم إلى الأصحاب مشعراً بدعوىٰ الاجماع عليه، ويدل عليه النصوص المستفيضة(٥) المعتبرة بين صحيح وموثق الصريحة في ذلك، وعن ابن الجنيد(٦) صحتها منه إذا بلغ ثمانياً لخبر الحسن بن راشد(٧)، والأقوىٰ الأول.

ومن الغريب رد الأخبار المذكورة المعمول بها بين الأصحاب بدعوىٰ مخالفتها للقاعدة كما عن جماعة من متأخري المتأخرين(٨) تبعاً لابن ادريس(٩).

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٧ من ابواب وجوب الحج وشرائطه، ح ٢.
(٢) حكاه عنه الجواهر ١٧:٢٣١.
(٣) شرائع الاسلام ١:١٦٤.
(٤) الجامع للشرائع ١٧٣.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٤٤ من احكام الوصايا.
(٦) حكاه عنه جواهر الكلام ٢٨:٢٧٢.
(٧) وسائل الشيعة، باب ١٥ من احكام الوقوف والصدقات، ح ٤.
(٨) جامع المقاصد ١٠:٣٤.
(٩) السرائر ٣:٢٠٦.

ثانيها: التدبير، فعن الشيخ[١] أيضاً صحته منه إذا بلغ عشراً وادعىٰ عليه الاجماع، لكن المشهور على خلافه، واستند الشيخ إلى رواية، والأقوىٰ المشهور.

لا يقال التدبير وصية، فمقتضىٰ الأخبار المتقدمة صحته منه أيضاً، ويكون بين الشهرة في المقامين تدافعاً؛ لما في محله من أنّه بحكم الوصية لا أنّه هي.

ثالثها: عتقه، فعن الشيخ[٢] أيضاً صحته إذا كان بالغاً عشراً، والمشهور على الخلاف، ومستند الشيخ رواية زرارة عن أبي جعفر‌عليه‌السلام قال: (إذا أتىٰ على الغلام عشر سنين فانّه يجوز من ماله ما اعتق وتصدّق على وجه المعروف فهو جائز)[٣]، وفي خبر محمد بن قيس (عن أبي جعفر‌عليه‌السلام قضىٰ أمير المؤمنين‌عليه‌السلام في رجل ترك جارية قد ولدت منه بنتاً وهي صغيرة غير أنّها تبين الكلام فأعتقت أمها فخاصم فيها موالي أبي الجارية، فأجاز عتقها الأم)[٤]، والعمل على المشهور؛ لضعف مستند الشيخ.

رابعها: طلاقه، فالمشهور بينهم عدم صحته منه مطلقاً، وعن ابن الجنيد[٥] صحته إذا كان مميزاً، وعن الشيخين وجماعة من القدماء[٦] صحته فيمن بلغ عشراً، ومستندهم أخبار:

أحدها: مضمر سماعة (عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته ؟ فقال: إذا طلّق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحقها فلا بأس فهو جائز)[٧] .

وثانيها: موثق ابن بكير عن أبي عبدالله‌عليه‌السلام (يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، وصدقته ووصيته وإنْ لم يحتلم)[٨].

---

(١) الخلاف ٣:٣٨٧.
(٢) النهاية ٥٤٦.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب احكام الوقوف والصدقات، ح ١.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٥٦ من ابواب كتاب العتق، ح ٢.
(٥) حكاه عنهم الجواهر ٣٢:٤.
(٦) كابن البراج، المهذب ٢٨٨.
(٧) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٧.
(٨) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب احكام الوقوف والصدقات، ح ٢، ولكنها عن جميل بن دراج .

وثالثها: مرسلة ابن أبي عمير عنه عليه السلام (يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين)[١].

والأقوى المشهور؛ لضعف هذه النصوص، مضافاً إلى معارضتها بخصوص المروي عن قرب الاسناد عن علي عليه السلام (لا يجوز طلاق الغلام حتى يحتلم)[٢].

خامسها: وقفه، فعن المقنعة[٣] والنهاية[٤] والمهذب[٥] صحة الوقف ممن بلغ عشراً، بل عن جامع المقاصد (المشهور بينهم جواز تصرفه في العتق والوصية والصدقة)[٦]، لكن الظاهر أنّ المشهور على الخلاف، ومستند الأولين رواية زرارة[٧] ومضمرة سماعة وموثقة ابن بكير المتقدمة، مضافاً إلى الموثقة عن الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام (سئل عن صدقة الغلام ما لم يحتلم؟ قال: نعم إذا وضعها في موضع الصدقة)[٨]، وفي رواية الحسن بن راشد عن العسكري قال: (إذا بلغ الغلام ثماني سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمّ للجارية سبع سنين فكذلك)[٩].

والأقوى عدم الصحة، خصوصاً مع عدم معلومية إرادة الوقف من الصدقة في هذه الأخبار، ولا ما يعمه، وأمّا الخبر الأخير فشاد مطروح.

سادسها: اعارته، ففي الشرائع (ولو أذن الولي للصبي جاز مع مراعاة المصلحة)[١٠]، وحكي عن الارشاد[١١] أيضاً، وكذا عن التحرير[١٢] واللمعة[١٣].

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٨.
(٣) حكاه عنهم جواهر الكلام ٢٨:٢٠.
(٤) النهاية ٦١١.
(٥) المهذب ٢:١١٩.
(٦) جامع المقاصد ٨:١٩٥، ليس هذا نص عبارته، لكن المصنف نقل كلام الجواهر.
(٧) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب احكام الوقوف والصدقات، ح ١.
(٨) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب احكام الوقوف والصدقات، ح ٣.
(٩) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب احكام الوقوف والصدقات، ح ٤.
(١٠) شرائع الاسلام ٢:٤٠٨.
(١١) الارشاد ١:٤٣٩.
(١٢) التحرير ٢٦٩.
(١٣) اللمعة ١٣٤.

سابعها: بيعه باذن الولي، حيث حكى المصنف عن القواعد[١] النظر فيه، وعن الفخر[٢] صحته، ولا يتعد كونه كناية عن مطلق التصرف باذنه.

وكيف كان فلا ينبغي الاشكال في بطلان تصرفاته بدون إذن الولي أو إجازته ما عدا الوصية، نعم لو قلنا بصحة المستثنيات المذكورة فيصح توكيله فيها أيضاً، كما يصح إقراره بها؛ لأنَّ من ملك شيئاً ملك الاقرار به، إنَّما الاشكال في صحة تصرفاته مع إذن الولي أو إجازته سواء كان الاذن في أصل التصرف بأنْ يوكل إليه الأمر على حسبما يراه، أو في مجرد الصيغة.

والتحقيق: صحة الثاني، بمعنىٰ عدم كونه مسلوب العبارة، بل يصح أنْ يتوكل عن الغير في مجرد إجراء الصيغة بلا إذنٍ من الولي أيضاً.

وصحة الأول بمعنىٰ نفوذ التصرفات منه باذن الولي أو اجازته، لكن في المقدار الذي هو مورد السيرة، بل مطلقاً؛ وذلك لأنَّ غاية ما يستدل به على سلب عبارته وبطلان تصرفاته الاجماع، وحديث رفع القلم[٣]، والاخبار[٤] الدالة على عدم جواز أمره، ورواية (عمد الصبي خطأ)[٥].

وأمَّا الاجماع فمحصله غير حاصل، ومنقوله غير حجة.

وأمَّا الأخير ففيه: أنَّ الظاهر اختصاصه بباب الجنايات على ما فهمه الفقهاء، مع أنَّ في بعض الروايات زيادة قوله (يحمله العاقلة)[٦] وهو قرينة على التخصيص، وموجب لتقييد ما ليس فيه تلك الزيادة بمقتضىٰ قولهم (أخبارنا تفسر بعضها بعضاً)، هذا مع أنَّ الشك في إرادة العموم كافٍ في عدمه.

وأمَّا البقية فسيأتي[٧] ما فيها في كلام المصنف، ومع عدم الدليل على البطلان

---

(١) القواعد ١: ١٣٤.
(٢) ايضاح الفوائد ٢: ٥٥، وفيه الاقوى عدم الصحة.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات، ح ١٠.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات، ح ٢.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات، ح ٢.
(٦) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب العاقلة، ح ٣.
(٧) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٥.

المرجع العمومات، وهي تقتضي الصحة كما لا يخفىٰ.

ودعوىٰ عدم صدق البيع والعقد والتجارة على ما يقع منه كما ترىٰ، خصوصاً إذا كان ما يصدر منه مجرد إجراء الصيغة، فتدبّر.

٢ ـ **قوله**ﷺ: **(بل عن الغنية**[١] ...الخ)[٢].

أقول: يمكن أنْ يقال إنّ مراده عدم صحه التصرف منه وإنْ كان باذن الولي، لا مسلوبية عبارته بحيث يبطل العقد وإنْ كان المتصرّف هو الولي أو غيره وكان الصبي هو المجري للصيغة.

بل يمكن أنْ يقال: إنّ مراد كنز العرفان[٣] أيضاً ذلك، بل لا يبعد أنْ يكون ذلك مراد المشهور أو جملة منهم، فلا يمكن دعوىٰ الشهرة أو الاجماع على سلب عبارته، خصوصاً في غير ماله، بأنْ يوكله الغير في إجراء الصيغة بعد المقاولة والمراضاة والمساومة، فتدبّر.

٣ ـ **قوله**ﷺ: **(واستثناء إيصال** ...الخ)[٤].

أقول: لا شهادة في الاستثناء المذكور على ما ذكره، فانّ الايصال أو الاذن يرجع إلى الوكالة، واعتبار قوله فيما بيده من المال المعلوم أنّه للغير لا يكون إلّا إذا كان جائز التصرف.

والحاصل: أنّ إيصال الهدية تصرف من التصرفات، وليس الكلام في كونه مجرد آلة وإلّا لم يكن اشكال في عدم اعتباره مع عدم العلم وفي اعتباره معه، فقوله (على خلاف في ذلك) دليل على أنّ نظره إلى غير مجرد الآلية، فتدبّر.

٤ ـ **قوله** ﷺ: **(في بعض تلك الأخبار** ...الخ)[٥].

---

(١) غنية النزوع ٢١٠.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٥.
(٣) كنز العرفان ٢: ١٠٢.
(٤) كتاب المكاسب ٣:٢٧٥.
(٥) كتاب المكاسب ٣:٢٧٧.

أقول: كرواية أبي الحسين الخادم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: (سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده ؟ قال: احتلامه. قال: قلت قد يكون الغلام ابن ثماني عشر سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم. قال عليه السلام: إذا بلغ جاز أمره إلّا أنْ يكون سفيهاً أو ضعيفاً)[1] ووجه الشهادة أنَّ السفيه ليس مسلوب العبارة، فيعلم من هذا الاستثناء أنَّ المراد عدم الاستقلال في التصرف.

قلت: بل الظاهر من الأخبار المذكورة محجوريته في التصرف في مال نفسه، فلا دلالة فيها على عدم صحة تصرفه في مال غيره بوكالة ونحوها، فلا حاجة فيها إلى إذن الولي، فلو وكّله الغير في إجراء صيغة النكاح صحَّ ولو كان بدون إذن الولي، فلا وجه لتقييد المصنف به في قوله (أو قبوله لغيره باذن وليه) فتدبّر.

٥ ـ **قوله** رحمه الله: **(أنَّ المشهور على الألسنة** ...الخ)[2].

أقول: يعني أنّه يظهر منهم أنّهم أيضاً لم يفهموا إلّا ما ذكرنا من قلم المؤاخذة، أو المراد أنّه إذا كان الأمر كذلك فلا يمكن إرادة العموم؛ إذ يلزم منه تخصيص الأكثر.

٦ ـ **قوله** رحمه الله: **(وثالثاً** ...الخ)[3].

أقول: إذا قلنا باختصاص الأحكام بالبالغين فلا بدَّ أنْ لا يكون عقد الصبي مؤثراً في التمليك؛ إذ السببية حكم وضعي، والمفروض عدمه في الصبي، وكونه مؤثراً بالنسبة إلى البالغين دون الصبي مما لا يمكن في المقام؛ إذ المفروض أنّه لو بلغ يصير مكلفاً بالعمل به، ومع ذلك كيف يمكن أنْ يقال بعدم مؤثريته في حقه، كيف؟ ولا يمكن أنْ يحصل التمليك بالنسبة إلى شخص دون شخص، فكونه خارجاً عن الحكم إلى وقت البلوغ يقتضي خروجه مطلقاً، وإلّا لزم ما ذكرنا.

وبالجملة: فكون فعله موضوعاً لأحكام البالغين أمر صحيح في نفسه، لكن المقام ليس كذلك، فتدبّر.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام الحجر، ح ٥.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٨.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٨.

٧ ـ **قوله**ﷺ: (**هو الاجماع** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت ما فيه، مضافاً إلى ما ذكره ﷺ بعد هذا.

٨ ـ **قوله**ﷺ: (**بعض المعاصرين** ...الخ)[٢].

أقول: هو صاحب الجواهر.

٩ ـ **قوله**ﷺ: (**وليس المراد** ...الخ)[٣].

أقول: يعني لو قيل إنَّ كلام صاحب الغنية لا يدل على عدم الصحة حتى مع إذن الولي؛ لأنَّه قال (وإنْ أجاز الولي)[٤]، ومنعه من صحته مع الاجازة إنَّما هو من جهة أنَّ الفضولي عنده باطل، لا من جهة عدم نفوذ تصرف الصبي باذن الولي، نقول إنَّ مراده عدم الصحة مطلقاً من جهة استدلاله بحديث رفع القلم، فهو كاشف عن إرادة التعميم، فتدبّر.

١٠ ـ **قوله**ﷺ: (**نعم لقائل** ...الخ)[٥].

أقول: هذا مقتضىٰ الانصاف، ومع ذلك لا يبقىٰ وجه لقوله (وكيف كان فالعمل على المشهور) إذ مع عدم الدليل لا وجه لذلك، ودعوىٰ أنَّ ذلك موافق للاحتياط كما ترىٰ؛ إذ قد يكون الاحتياط على الخلاف، وقد لا يكون موافقاً لأحد القولين، فتدبّر.

١١ ـ **قوله**ﷺ: (**بل وغيرها بالاختصاص** ...الخ)[٦].

أقول: من جملة تلك الأخبار صحيحة ابن مسلم المشار إليها عن الصادق عليه السلام

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٧٨.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٠.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٠.
(٤) غنية النزوع ٢١٠.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٠.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٢٨١.

(عمد الصبي وخطؤه واحد)[١] وهي كما ذكره المصنف عامة، إلّا أنَّ منها خبر اسحاق بن عمار عن أمير المؤمنين عليه السلام (عمد الصبيان خطأ تحمله العاقلة)[٢]، ومنها المروي عن قرب الاسناد كما يشير إليه المصنف (عمد الصبي الذي لم يبلغ خطأ تحمله العاقلة)[٣]، ويظهر منهما الاختصاص، بل يمكن أنْ يجعلا قرينة على الأولىٰ أيضاً، خصوصاً بملاحظة أنّها ليست عامة، بل هي مطلقة، والقدر المتيقن منها ذلك، مع أنَّ إرادة التعميم منها مستلزمة لتخصيص الأكثر؛ إذ لازمها بطلان جميع أفعاله المشروطة بالقصد، من الاسلام والعبادات من الطهارات والصوم والصلاة وغيرها، وإحياء الموات، وحيازة المباحات، والسبق إلى المباحات، واللقطة ونحوها.

بل لو قلنا بصحة صلاته يلزم من العموم المذكور عدم بطلانها بالمبطلات العمدية وهكذا، وبالجملة فالانصاف عدم ظهورها في التعميم، فتدبّر.

ويمكن أنْ يستأنس لعدم إرادة التعميم منها ـ مضافاً إلى ما ذكر ـ بما ورد في الأعمىٰ من هذا المضمون، ولا اشكال في عدم إرادة العموم منه، ففي خبر أبي عبيدة عن الباقر عليه السلام (عن أعمىٰ فقأ عين رجل صحيحة متعمداً ؟ فقال: يا أبا عبيدة إنَّ عمد الأعمىٰ مثل الخطأ هذا فيه الدية من ماله ...الخبر)[٤]، وفي رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام (والأعمىٰ جنايته خطأ تلزم عاقلته ...الخبر)[٥]، فتدبّر.

١٢ ـ **قوله** رحمه الله**: (لا يستقيم إلّا بأنْ يراد ...الخ)**[٦].

أقول: الانصاف أنّه لا يستفاد من ذلك أزيد من رفع قلم المؤاخذة، بمعنىٰ العقوبة الأخروية والدنيوية كالحدود والقصاص، ولا يستفاد أزيد من ذلك، وهذا

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب العاقلة، ٢،٣.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب العاقلة، ح ٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٣٦ من ابواب القصاص في النفس، ح ٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٥ من ابواب القصاص في النفس، ح ١، والرواية سندها لا بأس به فلماذا عبر عنها بالخبر.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب العاقلة، ح ١.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٣.

المقدار لا يحتاج إلى التقريب المذكور؛ إذ هو الظاهر منه مع قطع النظر عن جعله علة أو معلولاً للحكم المذكور في الرواية، فالخبر لا يشمل الجنيات الموجبة للمال، ولا الاتلافات الموجبة للغرامة المالية ولا غيرها، فذكر قوله (وقد رفع القلم عنهما) في الخبر تقريب لعدم لحوق حكم العمد من القصاص، لا لثبوت الدية على العاقلة، وحينئذٍ فلا وجه لقوله‌ؒ (ولا بمقتضىٰ شبه العمد وهو الدية في مالهما).

وبالجملة: فالرواية المذكورة لا تشمل غير العقوبات الأخروية أو الدنيوية كالحدود والقصاص، فمثل الاتلاقات والجنايات الموجبة للدية، والأقارير والمعاوضات ونحوها غير مشمولة لها أصلاً.

وأمّا التعزيرات فهي وإنْ كانت مشمولة من حيث هي؛ لأنّها عقوبات دنيوية إلّا أنّه لا بدَّ من اخراجها من باب التخصيص أو التخصص حسبما أشار إليه المصنف‌ؒ من أنّ المراد القلم الموضوع على البالغين، فلا تشمل التعزير، لكن الأولىٰ الأول؛ لأنّ مقتضىٰ ما ذكروه عدم ثبوت التعزير في مقام يكون حكم البالغين أيضاً ذلك، مع أنّ الرواية مطلقة، ولا دلالة فيها على كون المراد ما ذكره من خصوص القلم الموضوع على البالغين، فتدبّر.

١٣ ـ قوله‌ؒ: (ثم إنَّ مقتضىٰ ...الخ)[1].

أقول: حاصله أنّه لو جعلت الفقرة المذكورة علة للحكم أمكن إبقاؤها على عمومها لموارد إعتبار القصد وعدمه، مثل الاتلافات، وحينئذٍ فتكون شاملة لها، فلا بدَّ من اخراجها؛ لأنَّ من المعلوم عدم رفع القلم فيها، وهو بعيد؛ لأنَّ سياقها آبٍ عن التخصيص، وهذا بخلاف ما لو جعلت معلولة فانَّ المستفاد منها حينئذٍ ليس أزيد من المقدار الذي يشمله قوله (عمد الصبي خطأ) لأنَّ المعلول تابع للعلة في العموم والخصوص، ومن المعلوم أنّه لا يشمل الأفعال التي ليست منوطة بالقصد مثل الاتلافات فهي غير داخلة حتى يحتاج إلى اخراجها، ولا يرد من ذلك على

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٣.

الاستدلال بها شيء؛ لأنَّ كونها معلولة أيضاً كافٍ في الاستدلال، غايته أنَّها تختص بالأفعال القصدية، كما فيما نحن فيه من العقود الايقاعات.

قلت: على التقدير الثاني وإنْ لم يرد الاشكال من جهة لزوم اخراج الاتلافات؛ حيث إنَّها حينئذٍ غير داخلة من الأصل، إلّا أنَّه يرد الاشكال من جهة مثل حيازة المباحات وإحياء الموات والالتقاط والسبق إلى المباحات؛ حيث إنَّها يعتبر فيها القصد، ومع ذلك هي صحيحة في حق الصبي، فلا بدَّ من اخراجها، وهو أيضاً بعيد، فالأظهر ما ذكرنا من الاختصاص بالعقوبات الأُخروية والدنيوية، ومعه لا يرد الاشكال إلّا في التعزيرات ولا بأس به، إمَّا لما ذكره المصنف من التخصص، وإمَّا لما ذكرنا من التخصيص، ولكن على هذا لا يتم الاستدلال حسبما عرفت.

١٤ ـ **قوله**ﷺ: **(عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي** ...الخ)[1].

أقول: مقتضىٰ ذلك عدم حصول التملّك له إذا وهبه غيره شيئاً بقبضه ولو كان الواهب هو الولي كما في عبارة التذكرة[2]، وكذا باعطائه الصدقات المندوبة والنذور والكفارات والزكوات والأخماس ونحوها، بل لا بدَّ أنْ يعطىٰ بيد الولي، مع أنَّ السيرة على خلاف ذلك في الصدقات، ومقتضىٰ بعض الاطلاقات في الكفارة كفاية الاعطاء بيده، ففي صحيحة يونس بن عبدالرحمن عن أبي الحسن عليه السلام (عن رجل عليه كفارة إطعام عشرة مساكين أيعطي الصغار والكبار سواء أو يفضل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟ قال: كلهم سواء)[3] فانَّها ظاهرة في جواز الاعطاء والتسليم للصغار، وفي حسن أبي بصير قلت: (لأبي عبدالله عليه السلام الرجل يموت ويترك العيال يعطون من الزكاة؟ قال عليه السلام: نعم)[4]، وفي خبر عبد الرحمن قلت: (لأبي الحسن عليه السلام رجل مسلم مملوك ومولاه رجل مسلم وله مال لم يزكه، وللمملوك ولد حر صغير أيجزي مولاه أنْ يعطي ابن عبده من

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٤.
(٢) التذكرة ١:٤٦٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٧ من ابواب الكفارات، ح ٣.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ١.

الزكاة؟ قال: لا بأس)[١]، وفي خبر أبي خديجة عن الصادقعليه السلام (ذرية الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاة والفطرة كما كان يعطىٰ أبوهم حتى يبلغوا، فاذا بلغوا وعرفوا ما كان أبوهم يعرف اعطوهم، وإذا نصبوا لم يعطوا)[٢]، و في خبر قرب الاسناد عن يونس بن يعقوب عن الصادقعليه السلام (عيال المسلمين أعطيهم من الزكاة فاشتري لهم منها ثياباً وطعاماً وأرىٰ أنّ ذلك خير لهم؟ قالعليه السلام: لا بأس)[٣].

ولا يخفىٰ أنّ ظاهرها جواز الدفع إليه، بل هو ظاهر بعض الفتاوىٰ، ففي الشرائع (وتعطىٰ الزكاة أطفال المؤمنين دون أطفال غيرهم)[٤]، وعن المدارك (أنّ مقتضىٰ كلام التذكرة جواز الدفع إلى غير ولي الطفل إذا لم يكن له ولي، ولا بأس به إذا كان مأموناً، بل لا يبعد جواز تسليمها إلى الطفل بحيث يصرفه في وجه يسوغ للولي صرفها فيه)[٥] وعن الكركي وصاحب الكفاية[٦] والبهبهاني في شرحه على المفاتيح موافقته على جواز الدفع لغير الولي.

لكن في الجواهر (ثم لا يخفىٰ أنّ المراد من اعطاء الأطفال في النص والفتوىٰ الايصال إليهم على الوجه الشرعي، بأنْ يسلم بيد وليهم؛ لأنّ الشارع سلب أفعالهم وأقوالهم فلا يترتب ملك لهم على قبضهم)[٧].

قلت: الأقوىٰ جواز الدفع إليهم عملاً بالأخبار المذكورة، ودعوىٰ كون مساقها بيان حكم آخر ـ وهو أصل الجواز ـ كما ترىٰ، بل يمكن أنْ يقال إنّ العمدة في حجرهم عن التصرفات الأخبار الدالة على عدم جواز أمرهم إلّا بعد البلوغ، والمنساق منها تصرفهم في أموالهم الموجودة، فلا تشمل عدم جواز تملّكهم بهبة أو صدقة أو زكاة أو كفارة أو خمس أو نحو ذلك، فتدبّر.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٤٥ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ٣.
(٤) شرائع الاسلام ١: ١٢٣.
(٥) مدارك الاحكام ٥: ٢٤٢.
(٦) كفاية الاحكام ٣٩.
(٧) جواهر الكلام ١٥: ٣٨٤.

١٥ ـ **قوله ﷺ: (فسلم مقدار حقه إليه لم يبرأ...الخ)**[١].

أقول: بناءً على عموم عدم نفوذ تصرفاته لمثل ذلك يمكن أنْ يقال إنَّ قول مستحق الدين ذلك راجع إلى توكيل المديون في تعيين ما في ذمته في المدفوع، وحينئذٍ فحاله حال الوديعة في صيرورة الملك متعيناً في الشخص الخاص، فتدبّر.

١٦ ـ **قوله ﷺ: (فمحمول على عوض... إلى قوله فإنَّ هذه كلها مما يملكه ...الخ)**[٢].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ مقتضى ما ذكره من عدم كفاية قبضه واقباضه عدم تملّكه لشيء من ذلك؛ إذ غاية الأمر أنّه يستحق الأجرة، لكن لا يتعين ذلك فيما أقبضه من عليه، بل هو باقٍ على ملكه، فلا يجوز للولي التصرف فيه.

فالانصاف أنَّ الرواية ظاهرة في جواز تصرفه في مثل ذلك، إلّا أنْ تحمل على خصوص حيازة المباحات، أو على ما جوزناه من تملّك الصدقات والكفارات، هذا.

وأمّا دعوىٰ: أنَّ الرواية نهت عن التصرف في كسبه فكيف تكون دليلاً على الجواز؟!

فمدفوعة: بأنَّ النهي تنزيهي كما يدلُّ عليه النهي عن كسب الجارية أيضاً معللاً بأنّها (إنْ لم تجد زنت)[٣] مع أنَّ مقتضىٰ التعليل المذكور أيضاً الكراهة، مضافاً إلى أنَّ التعليل بهذه العلة كاشف عن النفوذ، وإلّا كان الأولىٰ التعليل بعدم نفوذ تصرفاته، لا بهذا الوجه المختص بما إذا جهل حاله من حيث السرقة، وإلّا فلو علم عدم السرقة لا يجري الوجه المذكور، وليس منهياً عنه، فتدبّر.

١٧ ـ **قوله ﷺ: (على عدم الفرق بين ...الخ)**[٤].

أقول: الانصاف خلاف ذلك؛ فانّهم يفرّقون بين المميز وغيره، بل القدر المعلوم من السيرة إيكال الأمر إلى المميزين بمقدار قابليتهم، وإقدام الناس على المعاملة

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٧.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به ،ح ١.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٨.

معهم، مع العلم بكونهم مأذونين من الولي أو رضاه بذلك، كما في الأيتام الذين وليهم الحاكم الشرعي المعلوم رضاه لشراء ما بيدهم مما جمعوه من المباحات أو الماء الذي أخذوه من النهر المباح ونحو ذلك، وليس ذلك من جهة كونهم آلة ـ كما اختاره سيد الرياض[١] ـ بل من باب التصرف المأذون فيه.

والانصاف أنَّ دليل عدم نفوذ أمرهم لا يدلُّ على أزيد من عدم النفوذ مع عدم الاذن؛ إذ الاجماع أمر لبي، والقدر المسلّم منه صورة عدم الاذن، وحديث رفع القلم قد عرفت عدم دلالته، وكذا أخبار (عمد الصبي خطأ) فينحصر الدليل في أخبار عدم جواز أمرهم، والمستفاد منها ما عرفت، فالحكم بجواز التصرفات في مورد السيرة ـ وهو صورة الاذن مع التميز سواء في المحقّرات والمجللات ـ قريب جداً، وأمّا جعل ذلك من باب المعاطاة حسبما بيّنه كاشف الغطاء[٢] وتلميذه[٣] فيرد عليه ما أورده المصنف.

١٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا أظن أنَّ** ...الخ)[٤].

أقول: قد عرفت أنَّ الالتزام به قريب جداً، وإنْ لم يلتزم به القائل، مع أنَّ الظاهر التزامه به.

١٩ ـ **قوله**ﷺ: **(مخالف لما** ...الخ)[٥].

أقول: لا بأس به إذا لم يكن اجماعاً، والظاهر عدم تحققه، وحينئذٍ فنقول بجواز رد المال إليه في فروع التذكرة إذا كان باذن الولي، لا من باب أنّه آلة، بل من جهة أنّه تصرّف مأذون فيه، ودليل الحجر لا يشمله حسبما عرفت.

٢٠ ـ **قوله**ﷺ: **(نعم ثبت الاباحة** ...الخ)[٦].

---

(١) الرياض ٥: ٦١.
(٢) شرح القواعد ١٤٧.
(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٦٤.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٩.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٩.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٢٨٩.

أقول: يعني بفعل الولي من حيث كون الصبي آلة، لا من جهة تصرّف الصبي، وإلّا فلا فرق بين تمليكه وإباحته، ومن ذلك يظهر أنّه لا وجه للترديد في كلامه بقوله﴿ (وإنْ أراد أنّ إذن ...الخ) إذ هو المتعين حسبما عرفت.

٢١ ـ **قوله﴿: (بل ما ذكرنا أولىٰ** ...الخ)[1].

أقول: وذلك لأنّ الظن الحاصل بكونه من إذن الولي ورضاه أقوىٰ في المقام من جهة وجود الأمارات الكثيرة، مع أنّ المقام من باب الاباحة، بخلاف الهدية فانّه من باب التمليك، وفي الاباحة يتحمل المسامحة أزيد من التمليك، فتدبّر.

٢٢ ـ **قوله﴿: (فالتحقيق: أنّ هذا ليس مستثنىٰ** ...الخ)[2].

أقول: وذلك لأنّ حاصله جواز التصرّف في مال الغير بظن الرضا، وإلّا فلو إدّعىٰ المالك بعد ذلك أنّي ما رضيت ولا كان باذني قُبِلَ قوله.

٢٣ ـ **قوله﴿: (ثم إنّ ما ذكر مختص** ...الخ)[3].

أقول: يعني أنّ مجرد الظن برضا المالك لا يكفي في جواز التصرّف، بل لا بدّ من العلم؛ إذ لا دليل على حجيته، فانّه ليس من قبيل الاذن بالفحوىٰ أو بشاهد الحال كما هو واضح.

٢٤ ـ **قوله﴿: (من صيرورة الشخصين** ...الخ)[4].

أقول: المناسب أنْ يقول «أحد الشخصين» كما لا يخفىٰ.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٩١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٣.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٣، وفي بعض النسخ «الشخص» وبعضها «احد الشخصين».

❑ الشرط الثاني: قصد المتعاملين مدلول العقد

٢٥ ـ **قوله**ﷺ: **(بل بمعنى عدم تعلق ...الخ)**[١].

أقول: التحقيق أنَّ الهازل قاصدٌ للمعنىٰ ومريدٌ له، إلّا أنَّ غرضه من ذلك ليس وجود المدلول في الخارج، بل غرضه الهزل ـ كما في الاخبار الهزلي ـ، فانَّه إخبار حقيقةً، إلّا أنَّه ليس بجدٍ، بل غرضه منه شيء آخر كما في الأمر الصوري بمعنىٰ الارشادي، فانَّه أمر لكن الغرض منه الانتقال إلى أنَّ في الفعل مصلحة، لا وقوع الفعل في الخارج، وأمَّا الأمر الامتحاني فأمر حقيقي لا صوري.

فالأولىٰ أنْ يقال: يشترط ـ مضافاً إلى القصد ـ أنْ يكون جداً لا هزلاً، إلّا أنْ يقال إنَّ للارادة مراتب، فمرتبة منها موجودة، ومرتبة منها مفقودة.

ثم كيف يقول المصنف إنَّ الارادة غير موجودة، مع اعترافه بأنَّه أوجد مدلوله بالانشاء، فتدبّر.

ثم مما ذكرنا ظهر أنَّ قياسه بالكذب في الاخبار في غير محله؛ إذ الاخبار أيضاً جدٌ وهزل، والاخبار كذباً إخبار جدي لا هزلي، فتدبّر.

٢٦ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا المقصود ...الخ)**[٢].

أقول: لكن هذا ليس من فروع المقام كما هو واضح، فانَّ القصد متحقق، والمفقود هو الشرط الآخر ـ الذي هو الصيغة الخاصة ـ.

٢٧ ـ **قوله**ﷺ: **(بعض المحققين ...الخ)**[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٥.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٥.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٦.

أقول: الظاهر أنّه الشيخ أسد الله التستري ﷺ[١].

٢٨ ـ **قوله ﷺ: (في بيع واحد** ...الخ)[٢].

أقول: الظاهر أنّ المراد من كونه وكيلاً عن اثنين في بيع واحد ما إذا كان المبيع واحداً، كأنْ يقول كل منهما «اشترِ لي هذا الكتاب بعشرة دراهم» فاشتراه من غير تعيين أحدهما، والمراد من البيوع المتعددة ما إذا قال كل واحد منهما «اشترِ لي كتاباً» فاشترىٰ كتاباً واحداً، ولم يعين كونه لأحدهما.

٢٩ ـ **قوله ﷺ: (وأنْ لا يحصل الجزم** ...الخ)[٣].

أقول: الظاهر أنّ المراد عدم الجزم بكون العقد لهذا أو ذاك، وكذا المراد من عدم الجزم بالأحكام والآثار عدم الجزم بكونها لهذا أو ذاك، وإلّا فالجزم بأصل العقد حاصل، وكذا الجزم بترتب الآثار والأحكام، وعلى هذا فليس هذا وجهاً آخر وراء بقاء الملك بلا مالك، فتأمل.

٣٠ ـ **قوله ﷺ: (التي لم يتعيّن فيها العوضان** ...الخ)[٤].

أقول: يعني لم يكن العوضان فيها شخصيين، بل كانا كليين في الذمة مع عدم تعيين من عليه، وإنّما قيد بذلك لأنّ مع كونهما شخصيين لا يلزم عدم الجزم؛ لأنّ الآثار مترتبة بالنسبة إلى مالكيهما.

٣١ ـ **قوله ﷺ: (ولا دليل على تأثير** ...الخ)[٥].

أقول: يمكن دعوىٰ كفاية ذلك كما ذكره جماعة في الطلاق؛ حيث قالوا يصح طلاق واحدة من زوجاته، ثم يعين بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة، فراجع.

وكذا في باب العتق حكي[٦] عن المشهور أنّه لو قال «أحد عبيدي حر» صح

---

(١) مقابس الانوار ١١٥ سطر ١٥.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٦.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٧.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٧.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٧.
(٦) الحاكي صاحب الجواهر ٣٤: ١٠٣.

ورجع إلى تعيينه، فيمكن في المقام أيضاً أنْ يصح ويعين بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة، ودعوىٰ عدم شمول العمومات كما ترىٰ.

وحينئذٍ فلا يلزم بقاء الملك بلا مالك؛ إذ نقول إنَّ التعيين كاشف عن كونه مالكاً من الأول، أو نقول بعدم حصول الملكية إلّا بعده على الوجهين من كونه كاشفاً أو ناقلاً هذا.

ولو قصد من الأول وقوع البيع لمن يعينه بعد ذلك فأمره أسهل، فانَّه من الأول متعين، إلّا أنَّه لا يعلمه، فهو في علم الله معلوم، ومقصود له أيضاً على وجه الاجمال، فتدبّر.

٣٢ـ **قوله**ﷺ: **(فعلى هذا لو اشترىٰ الفضولي** ...الخ)(١).

أقول: لا يخفىٰ أنَّ مقتضىٰ ما ذكره من الوجوه بطلان عقد الفضولي مطلقاً، وإنْ عيّن الغير، بل وإنْ كان العوضان شخصيين؛ لعدم ترتب الأثر قبل الاجازة، فيلزم الملك بلا مالك، وعدم الجزم بترتب الأثر.

إلّا أنْ يقال بأنَّ مقتضىٰ القاعدة وإنْ كان ذلك، إلّا أنَّه ثبت صحته على خلاف القاعدة بالدليل، نعم الاشكال وارد على من يجعله مطابقاً للقاعدة حسبما هو مختار المصنفﷺ، والظاهر أنَّ ذلك البعض أيضاً قائل بذلك، فتدبّر.

٣٣ـ **قوله**ﷺ: **(وأشبهها للأصول الأول** ...الخ)(٢).

أقول: وذلك لأنَّ الأصل عدم النقل والانتقال، والعمومات منصرفة إلى الشائع المتعارف، ومن ذلك يظهر وجه أوسطية الوسط؛ وذلك لمنع الانصراف، والعمومات مقدمة على الأصل.

وأمّا وجه أقوائية الأخير فهو أنَّ العمومات وإنْ كانت تامة إلّا أنَّ مع التصريح بالخلاف يلزم التدافع بين مقتضىٰ المبادلة والتصريح بالخلاف، فانَّ مقتضاها انتقال كل واحد إلى ملك مالك الآخر، ومقتضىٰ التصريح بالخلاف عدم ذلك؛

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٨.

فيلزم التناقض والتدافع فلا يؤثر العقد، ولا يشمل العموم؛ لعدم تحقق المعاهدة؛ لأنّ ما قُصِدَ لا يمكن أنْ يقع، وما يمكن لم يُقصد.

ومن ذلك يظهر أنّ القول بقوة الوجه الأخير لا يخلو عن وجه، لا للأصل، بل لما ذكرنا من التدافع والتناقض؛ إذ لا يلزم في ذلك وجود اللفظ، بل مجرد القصد كافٍ فيه، ولذا اشتهر أنّ العقود تابعة للقصود.

فانْ قلت: لازم هذا بطلان بيع الغاصب وعدم صحته للمالك ولو مع الاجازة؛ لأنّ المفروض أنّه قصد انتقال الثمن إليه مع أنّه غير مالك للمبيع، فمقتضى المبادلة انتقاله إلى المالك، ومقتضىٰ قصده خلافه، فيلزم التدافع الذي ذكرت.

قلت أولاً: نلتزم بذلك، ونقول بعدم الصحة ولو مع الاجازة، وأنّ عقد الفضولي إنّما يصح بالاجازة إذا كان للمالك وبقصده.

وثانياً: سيأتي في بيع الغاصب[1] أنّه إنّما يصح بالاجازة لكونه منزلاً نفسه منزلة المالك؛ حيث إنّه يعدُّ نفسه مالكاً فيبيع لنفسه بعد هذه الدعوىٰ وهذا التنزيل، وإلّا فلا يقصد بيع مال الغير لنفسه، فكأنّه قال «بعت عن المالك وأنا المالك».

وبعبارة أُخرىٰ «بعتُ عن نفسي من حيث إنّي مالك» فيكون قاصداً لحقيقة المبادلة بلا تدافع، بخلاف المقام فانّ المفروض عدم هذا التنزيل، بل المفروض أنّ قصده بيع مال الغير لنفسه أو مال النفس للغير، فيكون من التناقض والتدافع، ولا يتحقق حقيقة المبادلة.

ومن ذلك ظهر أنّ بطلان البيع في هذه الصورة أولىٰ من صورة قصد البيع مع الابهام والتعيين بعد ذلك، وظهر أيضاً أنّ الأقوى التفصيل بين البيع بلا تعيين المالك وبلا قصد الخلاف ـ مع كون المالك متعيناً في الواقع، فانّه يصح لمالكه ـ وبين البيع مع قصد الخلاف وإنْ لم يصرّح به لفظاً، فانّه باطل للتناقض الموجب لعدم تحقق المعاهدة على الوجه الممكن، فتدبّر.

---

(١) تعليقة ١٩٥.

٣٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ولغىٰ قصد كونه عن الغير** ...الخ)[١].

أقول: لا وجه لكونه لغواً بعد فرض كونه على وجه الجد، بل التحقيق ما عرفت من استلزامه التدافع والتناقض، فتدبّر.

٣٥ ـ **قوله**ﷺ: **(فإنْ لم يكن وكيلاً عن زيد وقع عنه** ...الخ)[٢].

أقول: لا وجه لوقوعه عن نفسه مع فرض كون الثمن في ذمة زيد، بل مقتضىٰ الوجه الوسط وقوعه عن زيد مع الاجازة، وبطلانه مع عدمها؛ لأنّه كما لو كان الثمن شخصياً وكان من مال زيد، ومن ذلك يظهر أنّه لا وجه لما ذكره من الوجوه في صورة كونه وكيلاً عن زيد، بل المتعين صحته عن زيد الموكل؛ لأنّه مالك الثمن، فتدبّر.

٣٦ ـ **قوله**ﷺ: **(أقول: مقتضىٰ المعاوضة** ...الخ)[٣].

أقول: محصّل الفرق بين ما ذكره المصنفﷺ وذلك البعض ـ بعد اشتراكهما في النتيجة ـ أنّ ذلك البعض يعترف بتحقق معنىٰ المعاوضة والمبادلة مع عدم تعيين المالك، وإنّما يقول بالبطلان فيما يقول به من جهة عدم شمول العمومات؛ لانصرافها إلى الشائع المعهود، وهو ما كان المالك فيه معيناً، والمصنف إنّما يقول به من جهة عدم تحقق معنىٰ المبادلة والمعاوضة؛ إذ هو موقوف على تحقق العوض، وهو فرع كونه مملوكاً، ولا يكون إلّا إذا كان شخصياً أو كلياً مضافاً إلى ذمة معينة، فتعيين المالك من حيث هو ليس شرطاً آخر وراء اعتبار وجود العوضين وتعيينهما.

قلت: يمكن أنْ يقال إنّ تحقق المعاوضة لا يحتاج إلى أزيد من إعتبار العوضين، والكلي في حد نفسه يصلح لكونه عوضاً؛ لأنّه مال في حد نفسه، فالمنّ من الحنطة مثلاً مال صالح لأنْ يجعل عوضاً لمال، وإنْ لم يعتبر كونه مملوكاً

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٨.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٢٩٩.

لشخص، ألا ترىٰ أنّه يصح بيع الكلي في ذمته مع أنّه قبل البيع لا يصدق أنّه مالك له إذا لم يكن عنده ذلك الكلي، بل يصح وإنْ لم يكن موجوداً في الدنيا في ذلك الزمان، فالمملوكية غير معتبرة في تحقق العوض، وحينئذٍ فصدق المعاوضة لا يتوقف على إضافة الكلي إلى ذمة.

نعم، لو كان العوضان مملوكين فعلاً فمقتضىٰ المعاوضة ما ذكره المصنف ﴿رحمه الله﴾ من انتقال كلٍ إلى مالك الآخر، لا أنْ يكون ذلك معتبراً في حقيقتها؛ بحيث لو لم ينتقل لم يتحقق المعاوضة، وذلك لأنَّ حقيقتها ليست أزيد من إعتبار كون شيء بدل شيء، هذا ولو سلمنا أنَّ العوض لا يكون عوضاً إلّا مع اعتبار المملوكية والاضافة إلى ذمة، لكن لا نسلّم أنّه لا يكفي الذمة المرددة بين شخصين أو أشخاص، فدعوىٰ عدم اجراء أحكام الملك على مثل ذلك كما ترىٰ، كيف؟! ولا فرق في ذلك ـ بحسب الصدق ـ بين عدم تعيين المالكين والعوضين، مع أنا نرىٰ أنّه يصح أنْ يقال «بعتك أحد هذين العبدين أو الثوبين» بمعنىٰ أنَّ العرف يعتبرون الملكية، ويجرون أحكام الملك على هذا المردد، وإنَّما نقول ببطلان البيع من جهة الاجماع.

وبالجملة: من المعلوم أنَّ الترديد بين أحد الشخصين لا يضر بصدق المعاوضة، ولا فرق بينه وبين الترديد بين إحدىٰ الذمتين في الكلي، ويؤيد ما ذكرنا صحة عتق أحد العبدين، وطلاق إحدىٰ الزوجتين.

ثم *أقول:* كيف يصدق العوض على ما في ذمة زيد إذا اشترىٰ له فضولاً قبل إجازته مع عدم اطلاعه ؟! بل وعدم معرفة البائع له، ولا يصدق على ما في ذمة الواحد المردد بين العاقد وموكله مثلاً، فظهر مما ذكرنا أنا لو قلنا بالبطلان لا بدَّ وأنْ نقول به من جهة اشتراط تعيين المالك كما قاله ذلك البعض، لا من جهة عدم صدق المبادلة، فتدبّر.

٣٧ ـ قوله ﴿رحمه الله﴾: (وفي وقوعه إشتراءً ...الخ)[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠١.

أقول: مع عدم قصد المعاوضة الحقيقية ـ كما هو المفروض ـ لا وجه لكونه شراءً فضولياً لعمرو، ولو كان مراده مع قصد المعاوضة الحقيقية فيجري فيه ما يجري في مثال من باع مال نفسه لغيره من كون قصد الغير لغواً، إذ حينئذٍ ينبغي أنْ يقال إنَّ قصد تمليك المخاطب لغو، بل يكون تمليكاً لعمرو حيث إنَّ العوض من ماله، فهو كما لو باع مال غيره عن نفسه حيث إنَّه يقول بعد ذلك إنَّه يقع للغير مع إجازته.

وبالجملة: مع [عدم] قصد المعاوضة الحقيقية ينبغي الحكم بالبطلان، ومعه ينبغي اجراء حكم الفضولي.

٣٨ ـ **قوله**ﷺ: **(والظاهر وقوعه ...الخ)**[1].

أقول: قد عرفت أنَّه لا معنى للغوية قصد الغير، وأنَّه راجع إلى التناقص، ويبطل من هذه الجهة؛ لأنَّ مقتضى قصد المعاوضة حقيقة قصد تملّك الثمن وادخاله في ملك نفسه، ومقتضى قصد الغير عدم قصد تملّكه، بل تملّك الغير؛ فلا يتحقق معنىٰ المعاوضة.

وبعبارة أُخرىٰ تحققه موقوف على عدم هذا القصد، وإذا كان المفروض وجوده فلا يتحقق معنىٰ المعاوضة، وهذا واضح جداً.

ومن هنا يظهر أنَّ الأولىٰ تعليل البطلان بهذا لا بما ذكره في قوله (إلّا أنْ يقال)؛ إذ فيه أنَّ كون عدم المعقولية قرينة على عدم إرادة المعاوضة الحقيقية إنَّما يتمُّ فيما إذا شك في فعل الغير، وأمَّا إذا فرضنا صدور المعاملة الكذائية عن نفسه فلا معنىٰ لجعله قرينة؛ إذ هو مطلع على إرادته.

وأمَّا الحمل على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع ـ كما في بيع الغاصب ـ فهو أيضاً غير صحيح؛ لأنَّ من المعلوم عدم هذا التنزيل في المقام، وعلى فرضه يكون وجهاً للصحة، لا للبطلان كما لا يخفىٰ.

بل ما ذكره من لغوية قصد الغير إنَّما يتمُّ على هذا الفرض، فانَّه على هذا لا

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠١.

يرجع إلى التناقض؛ إذ على هذا كأنّه قال «بعتك هذا المال بكذا لمالك هذا المال وهو لفلان»، فقصد المعاوضة الحقيقية، إلّا أنّه ادّعىٰ أنّ المالك غيره، وبطلان هذه الدعوىٰ لا يضر بتحقق المبادلة بين المالين للمالكين، فلا وجه لتفريع البطلان على أحد الوجهين من جعله قرينة على عدم قصد المعاوضة الحقيقية، أو على التنزيل المذكور بقوله (وحينئذٍ فيحكم ببطلان ...الخ) إلّا أنْ يقال إنّه تفرّيع على الشق الأول من الترديد، لكنه بعيد كما لا يخفىٰ.

٣٩ ـ قولهﷺ**: (لأنّه راجع إلى إرادة ...الخ)**[١].

أقول: نمنع ذلك، نعم لو فرض ذلك يكون صحيحاً؛ إذ المفاد حينئذٍ بعتك مالي بكذا لنفسي على أنْ أعطيه لزيد مثلاً، ولا بأس به، لكن الفرض مقطوع العدم أو مفروضه.

٤٠ ـ قولهﷺ**: (وبالجملة فحكمهم بصحة ...الخ)**[٢].

أقول: نمنع حكمهم بالصحة في هذا الفرض إلّا في بيع الغاصب، وهو من باب التنزيل المذكور، ولو فرض عدمه نمنع الصحة فيه أيضاً، فتدبّر.

٤١ ـ قولهﷺ**: (كل من البائع والمشتري ...الخ)**[٣].

أقول: يعني حكم تعيين البائع من يكون البيع له، وهو مالك المبيع الناقل له، والمشتري من يكون الشراء له، وهو مالك الثمن الناقل له، من غير نظر إلى تعيين كل منهما للطرف الآخر، والكلام الآن في أنّه هل يعتبر أنْ يكون البائع عالماً بأنّ القابل يشتري لنفسه أو لغيره ـ وعلى الثاني أنّ ذلك الغير من هو، وكذا يعتبر أنْ يكون المشتري عالماً بأنّ البائع يبيع مال نفسه أو غيره، وأنّ الغير من هو ـ أم لا.

ولا يخفىٰ أنّ الكلام في هذا المقام في موضعين:

أحدهما: ما ذكر من وجوب تعيين كل منهما الطرف الآخر والعلم به.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٢.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٢.

والثاني: أنّه إذا علم بأنّ الطرف الآخر وكيل أو ولي فهل يجوز في مقام اجراء الصيغة أنْ يقول «بعتك أو وهبتك» أو لا؟ بل لا بدّ أنْ يقول «بعت موكلك» مثلاً كما هو المتداول في إجراء صيغة النكاح حيث إنّه لا يقال للوكيل «أنكحتك» بل يقال «أنكحت موكلك».

والتحقيق في الموضع الأول أنْ يقال: بعدم وجوب العلم بمن له المعاملة في الطرف الآخر، إلّا إذا كان ركناً في المعاملة؛ بحيث يختلف الرغبات نوعاً باختلافه كما في النكاح ؛ فانّ الزوجين فيه بمنزلة العوضين يختلف الأغراض باختلافهما، وكذا في الوقف بالنسبة إلى الموقوف عليه، فانّ الغرض فيه متعلق بالموقوف عليه، وأمّا الواقف فلا، وكذا في الهبة فانّ الواهب يختلف غرضه في هبة ماله بالنسبة إلى الأشخاص، وكذا في الوكالة وأمثالها، فالزوجان والموقوف عليهم والموهوب له والوكيل أركان في المعاملات المذكورة غالباً، بخلاف البيع فانّ الركن فيه هو العوضان، والمتعاقدان، ولا يتعلق الغرض غالباً بأنّ المالك من هو؛ إذ المقصود المبادلة بين المالين.

نعم، قد يتعلق الغرض فيه نادراً بكون المالك للثمن أو المثمن شخصاً دون شخص، ولا إعتبار به، إذ هو نظير أوصاف العوضين، فانّ اللازم تعيين ما هو متعلق الغرض غالباً، ويختلف باختلافه الرغبات دون الوصف الذي لا يكون كذلك، مع أنّه قد يتعلق في النادر به غرض أحدهما، فتعيينه غير لازم، وتخلّفه مع عدم اشتراطه لا يوجب البطلان ولا الخيار.

نعم، لا يبعد أنْ يقال في صورة كون العوض في الذمة بأنّ التعيين شرط، لاختلاف الرغبات نوعاً في كون من في ذمته المال ملياً أو معسراً أو نحو ذلك.

وبالجملة: مقتضى العمومات صحة المعاملة مع تعيين الأركان، وهي مختلفة في المقامات، والمالكان ليسا بركنين في البيع والاجارة، بخلاف الزوجين في النكاح وهكذا.

لا يقال: إنّ النقل والانتقال لا يتحققان بدون المالكين فكيف لا يكونان ركنين؟!

لانا نقول: نعم، إلّا أنّهما ليسا ركنين في المعاملة بما هي معاملة، وإنْ شئت فقل إنّ اللازم تعيين الركن الذي تختلف الرغبات باختلافه، لا مطلق الركن، وكيف كان فقد بان أنّ ما قيل في الفرق بين النكاح وشبهه وبين البيع ونحوه صحيح ووافٍ بتمام المدعىٰ؛ إذ غرضه من النكاح المثال لكل ما يكون كذلك من حيث كون من له المعاملة ممن يختلف باختلافه الرغبات، ويكون كالعوضين في البيع.

وأمّا الموضع الثاني: وهو أنّه بعد العلم بكون الطرف الآخر نائباً عن الغير أو وليّاً هل يجوز في مقام اجراء الصيغة جعله طرفاً في المعاملة؟ أو لا بدّ من ذكر الموكّل والمولّىٰ عليه ؟

فالتحقيق: أنّ المدار على صراحة الصيغة وعدمها، فانْ كان ذلك متعارفاً في العرف بحيث يفهم منه المراد جاز، وإلّا فلا، ففي باب البيع لما تداول توجيهه إلى المخاطب بعنوانه الأعم جاز، وفي النكاح لا يجوز لعدم التداول، وإلّا فمن حيث هو لا مانع من أنْ يقول «أنكحتك فلانة» بمعنىٰ أنكحتك منه حيث إنّك نائب عن فلان، وكذا في الوقف والوكالة.

والتحقيق: الجواز مع نصب القرينة في الكل؛ لعدم المانع من مثل هذا الاستعمال والاطلاق.

٤٢ ـ **قوله ﷺ: (عملاً بظاهر الكلام ...الخ)**(١).

أقول: لا يخفىٰ أنّ هذا الوجه ناظر إلى الموضع الثاني، وحاصله أنّه لما كان مقتضىٰ ظاهر الكلام إرادة خصوص المخاطب، ولازمه كون الملك له؛ لأنّ العقد تابع للقصد؛ فلا يجوز عدم التعيين في اللفظ واجراء الصيغة على هذا النحو، ولا دلالة فيه على وجوب تعيين خصوص المشتري من حيث هو، ومع ذلك فهو أخص من المدعىٰ؛ لأنّ مقتضاه عدم البطلان مع نصب القرنية على عدم إرادة هذا الظاهر، أو فرض أنْ يقول «بعت موكلك» مع فرض عدم العلم بذلك الموكّل على التعيين، أنّه زيد أو عمرو.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٣.

وبالجملة: مقتضىٰ هذا الوجه أنّه إذا كان ظاهر الكلام إرادة الخصوصية مع عدم نصب القرينة على إرادة العنوان الأعم يكون باطلاً، وقد عرفت أنّ عمدة الاشكال أنّ تعيين من له المعاملة لازم كما في مثل النكاح أم لا، بل يجوز أنْ يقصد العنوان الأعم، وعلى فرض عدم اللزوم أو معلوميته هل يجوز اجراء الصيغة على وجه التوجيه إلى المخاطب، بأنْ يقول «بعتك» مع كونه وكيلاً أو لا ؟ بل لا بدّ أنْ يقول «بعت موكلك» ؟ وهذا الوجه لا يصلح بدفع هذا الاشكال.

ثم إنّ هذا الوجه منافٍ لما سبق من أنّ مقتضىٰ المبادلة وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر، وأنّ قصد الغير لغو؛ إذ مقتضاه أنّه لا يضر قصد الخصوصية مع فرض القصد إلى المبادلة الحقيقية، ولذا حكمﷺ بكون الاشكال المشار إليه في كلام التذكرة ضعيفاً مخالفاً للاجماع والسيرة، فظهر من جميع ذلك عدم قابلية هذا الوجه لاثبات الاحتمال الاول.

نعم، إنّما ينفع في مقام التنازع، بأنْ يقول البائع اشتريت لنفسك، ويقول الآخر بل اشتريت لموكلي مثلاً، فانّ مقتضاه تقديم قول البائع؛ فانّه موافق لظاهر الكلام.

٤٣ ـ **قولهﷺ: (أنّ الزوجين في النكاح** ...الخ)(١).

أقول: هذا الوجه ناظر إلى الموضع الأول، وقد عرفت بيانه وتماميته.

٤٤ ـ **قولهﷺ: (ولأنّ معنىٰ قول بعتك** ...الخ)(٢).

أقول: هذا الوجه أيضاً ناظر إلى الموضع الثاني؛ لأنّ حاصله أنّه يمكن في البيع أنْ يقول «بعتك» ولو كان المخاطب وكيلاً، ولا يمكن مثل ذلك في النكاح، بل لا بدّ أنْ يقول إذا كان وكيلاً «أنكحت موكلك»، ولا يدل على وجوب العلم بمن له النكاح من حيث [هو].

وبعبارة أخرىٰ وجوب تعيين الزوج بحيث لو قال «أنكحت موكلك» ولم يعلم أنّ الموكل زيد أو عمرو يكون باطلاً، وقد عرفت أنّ اثبات هذا هو العمدة حسبما

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٤.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٤.

عرفت.

٤٥ ـ **قوله**ﷺ: **(فالأولىٰ في الفرق ما ذكرنا ...الخ)**[١].

أقول: هذا الوجه أيضاً كما ترىٰ ناظر إلى الفرق في الموضع[٢]، ولا يكون وافياً بدفع الاشكال في الموضع الأول الذي هو العمدة؛ إذ قد عرفت أنَّ عمدة الاشكال أنَّه هل يجوز ايقاع المعاملة مع عدم تعيين من له المعاملة بقصد كل من الطرفين للطرف الأخر بالعنوان الأعم أم لا، وأنَّ الفارق بين مثل البيع ومثل النكاح أي شيء، ومن ذلك ظهر أنَّ المصنف خلط بين الموضعين، ولم ينقح حكم المسألة، والتحقيق ما ذكرنا، فتدبّر.

٤٦ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمل ...الخ)**[٣].

أقول: لعل الوجه أنَّه إذا كان الغالب في مثل البيع ما ذكر من قصد المخاطب بالعنوان الأعم، فظهور إرادة المشتري الخصوصية يكون ملغىٰ، ومع ذلك فلا وجه لمراعاته في مقام التنازع، وعدم سماع دعوىٰ المشتري من جهته، فالمنافاة بين هذا الوجه وعدم سماع قول المشتري حاصلة، ولا وجه لمنعها، فتدبّر.

٤٧ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمل حتى لا تتوهم ...الخ)**[٤].

أقول: وجه عدم الرجوع هو أنَّ القائل المذكور أولاً ادّعىٰ أنَّ عنوان المشتري صادق على الوكيل حقيقةً، والمصنفﷺ أنكر عليه ذلك، والمصنفﷺ إنَّما يدعي أنَّه يصدق عليه مجازاً متعارفاً، وأنَّ هذا المقدار يكفي في جواز الاستعمال المذكور، بخلاف باب النكاح فانَّ هذا التعارف فيه غير متحقق، فلا يجوز الاجراء على هذا الوجه، وهو حسن، إلّا أنَّ مقتضىٰ القاعدة صحته في النكاح أيضاً مع نصب القرينة على إرادة المخاطب من حيث قيامه مقام الموكّل، فلا وجه لما ذكره

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٥.
(٢) هكذا في الاصل، والظاهر سقوط لفظ «الثاني».
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٥.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٦.

في قوله (بل ربّما يستشكل...الخ).

نعم، مع عدم نصب القرينة إنّما يجوز في البيع، ولا يجوز في النكاح للتعارف في الأول، وعلمه في الثاني، فتدبّر.

❑ الشرط الثالث: الاختيار

٤٨ ـ **قوله ﷺ: (ومن شرائط المتعاقدين الاختيار ...الخ)**[1].

أقول: إنّما يشترط ذلك إذا كان الاكراه بغير حق، وأمّا فيما لو كان بحق فلا يشترط، بل يصح بيعه مع عدم الرضا منه، كما في بيع المحتكر إذا أمره الحاكم الشرعي، وكما في بيع الطعام أو غيره على من هو مشرف على الهلاك عند إجبار الحاكم أو عدول المؤمنين أو فساقهم أو نفس ذلك المشتري، وهل هو من باب سقوط شرطية الرضا ؟ أو بجعل الجابر نائباً عنه في ذلك ؟

الظاهر الأول، وإلّا لزم تبعّض العقد حيث إنّ الصيغة صادرة من البائع، والقصد من الجابر.

ثم إنّ الظاهر أنّ الحكم بصحة المعاملة المذكورة إنّما هو إذا كان واجداً لسائر الشرايط غير الرضا، فلو علم منه عدم القصد إلى اللفظ أو المدلول أو عدم قصد الانشاء بطل، واللازم حينئذٍ قيام الحاكم مقامه في اجراء الصيغة؛ لأنّه ولي الممتنع.

ومن هنا ربّما يستشكل في صحة معاملته مع عدم العلم بقصد المدلول وإرادة الوقوع ولو لا عن رضا؛ حيث إنّ الكاشف عن الارادة إنما هو اللفظ، وظهوره إنّما ينعقد إذا كان المتكلّم مختاراً، لا في مثل المقام الذي هو مجبور على ذلك، فينحصر الحكم بصحته فيما لو علم قصده وإرادته، وأنّ المفقود ليس إلّا الرضا، ولذا لا إعتبار باقرار من كان مكرهاً، وإنْ أغمضنا عن أدلة الاكراه، فانّ السر فيه عدم كونه كاشفاً عن الواقع بارادته، ولا يشمله قوله ﷺ (إقرار العقلاء)[2].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

(٢) المستدرك ١٣: ٣٧٠، باب ٣، رواية ١٥٦١٩.

وإلى ذلك نظر الشهيد الثاني في المسالك على ما حكي عنه في الاستشكال بالحكم باسلام من أُكره عليه، قال: (إنَّ ذلك لا يخلو من غموض من جهة المعنىٰ، وإنْ كان الحكم به ثابتاً من فعل النبي صلى الله عليه وآله ومن بعده؛ لأنَّ كلمتي الشهادة نازلتان في الاعراب عما في الضمير منزلة الاقرار، والظاهر من حال المحمول عليه بالسيف أنَّه كاذب، لكن لعل الحكمة فيه أنَّه مع الانقياذ ظاهراً، وصحبته المسلمين والاطلاع على دينهم يوجب له التصديق القلبي تدريجاً؛ فيكون الاقرار اللساني سبباً في التصديق القلبي)[1].

قلت: يمكن أنْ يكون كلمتا الشهادة سبباً شرعياً في الاسلام، لا من جهة الكشف عما في الضمير، إمَّا مطلقاً أو مع اشتراط عدم اظهار الخلاف، أو مع اشتراط عدم العلم بالخلاف من الأسباب الظاهرية المتعارفة، لا مثل علم النبي صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام، فالمنافق المعلوم حاله ونفاقه كافر لا مسلم.

وكيف كان فباب الاسلام باب آخر غير الاقرار والعقود والايقاعات، وعلى أي حال فمع عدم العلم بقصد المدلول وإرادته في المكره بحق يشكل الاكتفاء ببيعه؛ لأنَّ المفقود ليس الرضا فقط، ودعوى كفاية مجرد التلفظ كما ترىٰ.

ومن هنا ربَّما يقال بوجوب مباشرة الحاكم ومن قام مقامه للعقد مطلقاً؛ لأنَّه الولي القائم مقام المالك في ذلك، كما أنَّه إذا لم يكن حاضراً أو لم يمكن اجباره في إجراء الصيغة أو صرّح بعدم قصد المدلول، ولا يخلو عن وجه حفظاً للقواعد مهما أمكن، فانَّ الضرورة لم تدعُ إلى أزيد من سقوط شرطية الرضا، فلا بدَّ من إجراء الصيغة التامة من غير هذه الجهة، ولا يمكن إلّا بمباشرة الحاكم أو من يقوم مقامه؛ لعدم الطريق إلى إحراز سائر الجهات إلّا من طريق الظهور اللفظي، ولا إعتبار به مع فرض كونه مجبوراً.

نعم، في صورة العلم بكون المجبور قاصداً لذلك يجبر عليه، ولا يتولىٰ

---

(١) مسالك الافهام ٩: ١٩.

الحاكم، وعلى هذا يحمل الأخبار الواردة في باب الاحتكار[1] الدالة على أنّه يؤمر بالبيع؛ حيث إنّها ظاهرة في كفاية العقد الصادر منه، وأنّه لا يحتاج إلى تولّي الحاكم، فانّها محمولة على صورة العلم بتحقق قصد الانشاء منه، فلا يمكن التمسك باطلاقها على الكفاية مطلقاً ولو مع عدم القصد أو عدم احرازه، فتدبّر.

هذا، ويظهر من صاحب الجواهر في باب الطلاق أنّ العقود والايقاعات أيضاً نظير الاسلام والتكلّم بالشهادتين في كونها من الاسباب الشرعية، وأنّها يعمل بها ما لم يعلم عدم القصد؛ حيث قال (وعلى كل حال فالطلاق الواقع بسببه ـ أي بسبب الاكراه بحق ـ صحيح، ولا اشكال في ترتب الحكم على لفظ المكره بحق بعد أنّ جعله الشارع من الأسباب من غير فرق بين العقود والايقاعات وغيرها، كالاسلام الحاصل من التلفظ بالشهادتين ولو اكراهاً) ثم نقل عبارة المسالك المتقدمة، ثم قال: (قلت قد يقال: إنّ ظاهر الأدلة الحكم باسلام قائلها ما لم يعلم كذبه، فالمنافق المعلوم حاله لا اشكال في كفره، نعم لا عبرة بالظاهر المزبور؛ إذ يمكن مقارنة الاسلام واقعاً للاكراه الظاهري)[2] انتهىٰ.

فانّ المستفاد منه أنّ العقد الواقع من المكره بالحق وإنْ لم يكن ظاهراً في كونه مع القصد إلّا أنّ مجرد الاحتمال كافٍ؛ فانّه سبب شرعي ما لم يعلم خلافه، فتدبّر وراجع.

٤٩ ـ **قوله**ﷺ: **(والمراد به القصد** ...الخ)[3].

أقول: تحقيق حال المسألة يحتاج إلى بيان أمور:

الأول: أنّ هنا عناوين عديدة:

أحدها: الاضطرار في الشيء بمعنىٰ المجبورية فيه، نظير حركة المرتعش، وهذا ليس محلاً للكلام في المقام.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٩، ٣٠ من ابواب آداب التجارة.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ١٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

ثانيها: الاضطرار إلى الشيء بمعنى قضاء الضرورة إلى اختياره من غير أنْ يكون بحمل الغير له عليه، كما إذا اضطر إلى بيع داره لحفظ النفس أو للانفاق على العيال أو أداء الدين الواجب أو نحو ذلك، ومنه ما إذا أكره الغير على دفع مال ولم يمكنه إلا ببيع داره أو عقاره فانّ حمل الغير إنّما يكون بالنسبة إلى دفع المال، لا بالنسبة إلى بيع الدار؛ فيكون البيع من باب قضاء الضرورة.

ثالثها: الاضطرار إلى الشيء من جهة حمل الغير له عليه، والمراد بالغير الشخص الانساني وإنْ كان صغيراً أو مجنوناً، ولا يصدق الحمل إلا إذا طلب منه نفس ذلك الفعل مع الايعاد على تركه، وليُسمَّ هذا باسم الاكراه بمعنى الاجبار، وإنْ شئت فسمه بالاجبار، والقسم الآتي بالاكراه.

ومن ذلك يظهر أنّه لو طلب الغير منه الفعل لا بالحمل عليه ـ بمعنى الاقتران بالايعاد ـ لا يكون داخلاً تحت عنوان الاكراه، وإنْ علم بترتب الضرر على تركه؛ كأنْ يكون ترك موافقة إرادة ذلك الشخص موجباً لضرر دنيوي من جهة كونه من أهل الباطل مثلاً، أو من جهة أنّه لو اطلع على ذلك صديقه أو أمير البلد مثلاً أوصل إليه ضرراً، فانّ الفعل حينئذٍ مضطر إليه بالمعنى السابق، لا مكره عليه، فانّ المفروض أنّ الطالب لا يلزمه ولا يوعده وإنّما يكون مجرد ترك ما طلبه مستلزماً للوقوع في الضرر، فيكون اختيار الفعل حينئذٍ لدفع المفسدة اللازمة للترك.

رابعها: كونه مكرهاً على الفعل، لا بحيث يكون مضطراً إليه كما إذا طلب منه أبوه أو أمه أو زوجته فعلاً ولم يكن في تركه ضرر عليه إلا أنّه يريد ارضائهم وعدم مخالفتهم، ومنه الطلاق للمداراة بأهله، ومنه ما إذا كان قادراً على التفصي بالتمحّل البعيد، بل القريب مع صدق الاكراه العرفي، وإلى هذا المعنى تشير رواية ابن سنان المذكورة في الكتاب، ومحل الكلام من هذه الاقسام هما الصورتان الأخيرتان.

الثاني: محل الكلام في المقام والذي تعرّض لحكمه العلماء الاعلام من الفعل الاكراهي ما كان واجداً لسائر ما يعتبر في الصحة من قصد اللفظ والمعنى الانشائي، وكونه على وجه الجد لا الهزل، وكونه مريداً لوقوعه في الخارج، وكان

فاقداً للرضا فقط، وإلا فلو فقد سائر المذكورات كان البطلان مستنداً إلى غير الكراهة من فقد سائر الشروط.

وبعبارة أخرى محل الكلام ما إذا وقع منه البيع مثلاً إلا أنّه كان كارهاً له من جهة حمل الغير له عليه، وأما إذا لم يقصد اللفظ أو المعنى أو كان هزلاً أو كان غير مريد للفعل في الخارج فلم يقع منه البيع، ألا ترىٰ أنَّ شرب الخمر عن اكراه يكون جميع المراتب المذكورة موجودة فيه سوى الرضا، ففي البيع أيضاً لا بدَّ من وقوعه في الخارج لكن مع الكراهة، فما قد يقال من أنَّ المكره غير قاصد للمعنى وغير مريد لوقوع الفعل في الخارج كما ترى.

لا أقول: إنَّ المكره لا يكون إلا كذلك؛ إذ من البديهي أنّه قد لا يقصد اللفظ، وقد لا يقصد المعنى، وقد لا يريد الوقوع في الخارج، بل أقول إنَّ الذي تعرّض له الفقهاء وجعلوه محلاً للكلام هو ما ذكرنا.

ومن ذلك يظهر ما فيما ذكره الشهيدان والجماعة على ما نقله المصنّف، ولا بدَّ من التوجيه بالوجه الذي ذكره ﷺ، وظهر أيضاً ما في كلام صاحب المستند؛ حيث جعل وجه بطلان البيع الاكراهي عدم وجود ما يدل على قصد البيع؛ حيث إنَّ اجراء الصيغة مع الاكراه لا يكون كاشفاً عن القصد، فلا يكون من البيع العرفي؛ لأنَّه يعتبر فيه أنْ يكون هناك كاشف عن كونه مريداً لنقل الملك، وكونه مكرهاً قرينة على عدم إرادة ظاهر اللفظ.

ثم نقل عن بعض ما يوافق ما ذكرنا، وحكم بفساده؛ حيث قال (ومن هذا ظهر فساد ما قيل من أنَّ الاكراه لا ينافي القصد إلى نقل الملك، بأنْ يكون قاصداً للبيع حقيقة وإنْ كان منافياً للرضا، فتدبّر)[١].

الثالث: قد علم مما ذكرنا من بيان محل الكلام أنَّ المكره مريد للفعل في الخارج وإنْ لم يكن راضياً به؛ إذ المفروض أنّه مختار فيه بمعنى ما يقابل الجبر، فهو كالمضطر من حيث إنّه مستقل في الفعل، إلا أنّه يختاره لدفع الضرر والمفسده

---

(١) مستند الشيعة ١٤: ٢٦٨.

المترتبة على الترك، ولا فرق بين كون ذلك من جهة ايعاد الغير أو لا من هذه الجهة، فانّ الحامل له على الفعل ليس إلا عقله الحاكم بوجوب دفع المفسدة أو ارتكاب ما هو أقل ضرراً، وإلا فبمجرد أمر الغير وحمله وتعلق غرضه بالفعل لا يكون حاملاً له، فدعوى أنه غير مستقل في الفعل، بخلاف المضطر كما ترىٰ.

ألا ترىٰ أنّه لو أكرهه على شرب الماء أو الخمر له أنْ يتركه ويتحمّل الضرر، فيحكم عقله بوجوب الشرب ودفع ذلك الضرر، فكذا إذا حمله على البيع مثلاً فانّه يستقل فيه لدفع ضرر الترك.

فظهر من ذلك أنّ المضطر والمكره مشتركان في كون الفعل صادراً عنهما بارادتهما واختيارهما من جهة حكم العقل بوجوب دفع الضرر، وإنْ كانا كارهين فيه، نظير من يحكم عقله بوجوب اختيار الكلي أو قطع بعض الاعضاء لدفع المرض الأفسد، فارادتهما الفعل غير منافٍ لكراهتهما، بمعنى عدم رضاهما به، فالرضا في مرتبة أخرى وراء الارادة.

وإنْ شئت فقل هما كارهان في الرتبة الأولى، راضيان في الثانية، لا بمعنى أنّه ينقلب كراهتهما الطبيعة بالرضا بملاحظة دفع الضرر، بل بمعنى وجود الحالتين بالفعل، لكن إحداهما في طول الأخرى، فليس المقام نظير من يكون كارهاً لبيع داره لكن إذا أُعطي مبلغاً كثيراً مثلاً يرضى به، فانّ هذا من باب الانقلاب.

والحاصل: أنّ المضطر والمكره مشتركان في إرادة الفعل والاستقلال فيه وعدم الرضا به في الرتبة الأولى، والرضا به في الرتبة الثانية، فما ذكره المصنّف من أنّ الأول مستقل فيه وراضٍ به دون الثاني، وأنّ الفرق وجداني كما ترىٰ.

وإنْ شئت التوضيح فلاحظ ما إذا أكرهه الغير على بيع داره أولاً وأوعده الضرب على تركه، أو أكرهه على اعطاء ألف درهم وكان طريق تحصيله منحصراً في بيع الدار، فانّ كون بيع الدار في الصورتين مما لا يكون برضاه على نسق واحد، مع أنّ الأول من باب الاكراه، والثاني من باب الاضطرار؛ ولذا يحكمون بصحته في الصورة الثانية دون الأولى.

الرابع: أنَّ المراد بالرضا المعتبر في صحة المعاملات ليس الرضا بالمعنى الأول، بمعنى ما يلائم طبعه في الرتبة الأولى، كيف ؟ وإلا لزم بطلان المعاملات في صورة اقتضاء الضرورة مع كراهته في حد نفسه، ولا يمكن الالتزام به، بل المراد منه الرضا ولو في الرتبة الثانية.

الخامس: أنَّه لا اشكال في أنَّ الاضطرار والاكراه مشتركان في رفع الحكم التكليفي، فشرب الخمر المضطر إليه والمكره عليه لا يكون حراماً، وأما بالنسبة إلى الحكم الوضعي فهما متفاوتان، فانَّ الاكراه يرفع الحكم الوضعي أيضاً دون الاضطرار حسبما أشرنا إليه.

إذا عرفت هذه الأمور علمت أنَّ للاكراه موضوعية في ايجاب البطلان، وأنَّ اشتراط الاختيار يكون شرطاً مستقلاً، ولا يرجع إلى شرطية الرضا، ويكون الدليل على بطلان المعاملة به هو الاجماع والاخبار الواردة في الطلاق[1]، وحديث الرفع بناءً على التعميم لجميع الآثار.

وأنَّ الاستدلال بقوله تعالى ﴿ تجارة عن تراضٍ ﴾[2] وقوله ﷺ (لا يحل مال امرء)[3] في غير محله؛ لما عرفت من أنَّ المراد بهذا الرضا العقلائي الحاصل ولو في الرتبة الثانية، وهو موجود في بيع المكره أيضاً كما في بيع المضطر، فمقتضى الاستدلال بهما الحكم ببطلان المعاملة الاضطرارية أيضاً؛ لأنَّه لا يتم إلا بارادة الرضا الأولي الحاصل بالطبع الأولي، ومعه فاللازم بطلان غالب المعاملات حسبما عرفت.

فان قلت: إنَّ حديث الرفع متساوي النسبة إلى الاضطرار والاكراه فلم لا تحكم ببطلان المعاملة الاضطرارية أيضاً من جهة قوله «وما اضطروا إليه» ؟! وأيضاً بناءً على التعميم فما الفرق بين الحكم التكليفي والوضعي حيث يحكم برفع الأول دون الثاني؟!

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٧ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه.
(٢) النساء ٢٩.
(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، رواية ٩٨، و ٢: ١١٣، رواية ٣٠٩.

قلت: الوجه في الفرق أنَّ الحكم الوضعي في الاضطرار لا يمكن أنْ يكون مرفوعاً؛ وذلك لاستلزامه تأكيد الاضطرار [وتشديده؛ حيث إنَّه إذا حكم بطلان المعاملة حين الاضطرار يلزم أنْ يبقى الشخص في الاضطرار][1]؛ لعدم امكان رفع الضرر حينئذٍ، فانه لا يمكنه تحصيل ما يدفع به الضرر الوارد عليه.

والحاصل: أنَّ تشريع الحكم لما كان لأجل الامتنان والتوسيع على العباد فلا بدَّ أنْ يكون المعاملة الاضطرارية غير مرفوعة الأثر، وإلا لزم تضييق أشد؛ حيث إنَّه محتاج إلى تحصيل المال من جهة الضرورة، ولا يمكنه ذلك على فرض بطلان المعاملة، والسر في ذلك أنَّ المضطر إليه المعاملة المؤثرة الصحيحة، لا ذات المعاملة وإنْ لم تكن كذلك، فانَّ من احتاج إلى بيع داره لتحصيل ما يؤدي به دينه أو نفقته أو نحو ذلك لا يرتفع ضرورته وحاجته إلا بالمعاملة الصحيحة، وإلا كان أخذ المال من المشتري مثل السرقة منه.

نعم، لو فرض في مورد وجوب دفع المال إلى الطرف المقابل إليه بلا عوض، وكان آبياً عن ذلك، فاضطر إلى المعاملة معه وأخذ ذلك المال تكون المعاملة باطلة؛ إذ حينئذٍ ليس مضطراً إلى المعاملة الصحيحة، هذا بالنسبة إلى الحكم الوضعي.

وأما بالنسبة إلى الحكم التكليفي فحاله حال الاكراه في أنَّ المضطر إليه حينئذٍ ذات الفعل، وهذا بخلاف الاكراه فانَّ رفع حكمه الوضعي لا يستلزم التضييق الأشد كما هو واضح.

نعم، لو فرض كون المكره عليه المعاملة الصحيحة المؤثرة كان حاله حال الاضطرار في عدم الرفع، كأنْ يكون المكره ممن يطلع على السرائر، ولا يقنع بالمعاملة إلا إذا كانت مؤثرة شرعاً، فانَّه حينئذٍ لا بدَّ من صحتها مع الاكراه؛ إذ المفروض حينئذٍ أنَّ الضرر المتوعّد عليه لا يرتفع إلا بكونها صحيحة، ولعل من هذا الباب الاكراه بالحق، فانَّ الحاكم الشرعي أو من يقوم مقامه إنَّما يكرهه على

---

(١) ما بين القوسين لا يوجد في نسخة «ب».

المعاملة المؤثرة الواقعية، فلو أوجد المعاملة ولم تكن صحيحة لم يأتِ بما أكرهه عليه، والسر فيه أنّ المكره في الحقيقة هو الله تعالى، والحاكم نائب عنه تعالى في ذلك، فلا يعقل أنْ يكون مرفوع الأثر لما عرفت ، فتدبّر.

فتبين من جميع ما ذكرنا أنّ مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن أدلة الاكراه صحة المعاملة الاكراهية كالاضطرارية، وأنّ الوجه في بطلانها إنّما هو هذه الادلة، وأنّ للاكراه خصوصية وعنوانية حسبما يظهر من عناوين الفقهاء؛ حيث إنّه لو كان الوجه فقدان شرط الرضا كان الأنسب العنوان به، بأنْ يقال ومن الشروط الرضا، فيكون المعاملة الاكراهية ونحوها باطلة ولم يناسب العنوان بالاختيار.

وتبيّن أنّ صحة المعاملة الاضطرارية أيضاً بمقتضى القاعدة؛ لعدم الدليل على بطلانها إلا دعوى عموم حديث الرفع للحكم الوضعي والتكليفي، وقد عرفت أنّ الحكم الوضعي في الاضطرار مما لا يمكن رفعه؛ لأنّه منافٍ للامتنان والتوسيع، بل موجب للتضييق والابقاء في الاضطرار، وعلى ما ذكرنا من خصوصية الاكراه وعنوانيته فلمّا كان الحكم معلقاً عليه فالمدار فيه على الصدق العرفي، فتدبّر.

بقي شيء: وهو أنّ المراد من الاكراه في الأخبار وحديث الرفع إنْ كان بالمعنى الثاني ـ وهو القسم الرابع من الاقسام المتقدمة، أعني الاكراه العرفي وإنْ لم يصل إلى حد الاضطرار كما في اكراه الزوجة والأب والأم المفروض عدم ايعادهم بالضرر على الترك ـ يبقى سؤال الفرق حينئذٍ بين الحكم التكليفي والوضعي، فانّ من المعلوم أنّه لا يكفي هذا المقدار من الاكراه في رفع الحكم التكليفي كما هو واضح، ولا بدّ حينئذٍ من دعوى التخصيص، وأنّ مقتضى عموم الحديث ارتفاع الحرمة أيضاً بذلك إلا أنّه خرج بالاجماع ، فتدبّر.

بقي شيء آخر: وهو أنّ المعاملة الاكراهية كما يمكن أنْ تكون على الوجه الذي ذكرنا من كونها واجدة لجميع الشرائط عدا الرضا في الرتبة الأولى حسبما عرفت، كذا قد تكون فاقدة لبعضها، كما إذا لم يقصد اللفظ أو المعنى، أو لم يرد الايقاع في الخارج ونحو ذلك، فما الوجه في حمل الأخبار على ما ذكر ؟!

والجواب: أنّ ذلك من جهة الأخبار ناطقة بحكم ما وقع في الخارج من المعاملة الاكراهية مع قطع النظر عن البطلان المستفاد من هذه الأخبار، ومن المعلوم أنّ الشخص إذا لم يكن عالماً ببطلان المعاملة يوقعها حين الاكراه على وجه القصد والارادة والرضا في الرتبة الثانية، نظير شربه الماء أو الخمر إذا كان مكرهاً عليهما، فالمقصود من الأخبار المذكورة أنّ مثل هذه المعاملة باطلة، وإنْ شئت فقل حسبما أشرنا سابقاً أنّ غير المفروض ليس معاملة أصلاً، والموضوع للأخبار المعاملة الاكراهية، وهي لا تكون إلا كما ذكرنا ، فتدبّر.

ومن ذلك ظهر أنّ الاكراه على المعاملة لا يتحقق بالنسبة إلى من علم ببطلان المعاملة الاكراهية، فانّه حينئذٍ لا يقصد وقوعها في الخارج إلا إذا غفل عن ذلك، أو عرضته دهشة ونحو ذلك، فتأمل فانّ الصحة الشرعية وعدمها لا دخل لهما بقصد المعاملة وعدمه، فتدبّر.

٥٠ ـ **قوله**ﷺ: (**إلى وقوع مضمون العقد عن طيب** ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ أنّ هذا ناظر إلى ما ذكرنا من أنّ بيع المكره واجد لجميع الشرائط إلا الرضا، لا بمعنى أنّه لا يمكن أنْ لا يكون واجداً لها، بل بمعنى أنّ محل الكلام هو ذلك، بل يمكن دعوى أنّ غيره لا يكون بيعاً حقيقةً حسبما عرفت، هذا.

ولكن هذا من المصنّفﷺ مناقض لما يذكره بعد ذلك[٢] في توجيه كلام الشهيدين من أنّ المكره لا يريد وقوع المضمون في الخارج كما لا يخفىٰ، فانّ مقتضاه أنْ لا يكون قاصداً إلى وقوع مضمون العقد، مضافاً إلى كونه فاقداً للرضا.

٥١ ـ **قوله**ﷺ: (**في مقابل الجبر** ...الخ)[٣].

أقول: يعني ما يكون مثل حركة المرتعش.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.

٥٢ ـ **قوله** ﷺ: **(ويدل عليه قبل** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت عدم صحة الاستدلال بالآية والحديث وغيرهما مما دلّ على اعتبار الرضا في المعاملة، فانّ المراد بالرضا فيهما ما يكون ولو في الرتبة الثانية، وهو في المكره موجود، فانّه يختار الفعل بعد ملاحظة أنّه رافع للمفسدة اللازمة من الترك، فهو راضٍ بالفعل بعد هذه الملاحظة.

٥٣ ـ **قوله** ﷺ: **(وظاهره وإنْ كان** ...الخ)[٢].

أقول: بل قد تبيّن في محله أنّ ظاهره رفع مطلق الآثار، أعم من المؤاخذة الدنيوية والأخروية وغيرهما؛ وذلك لأنّ المرفوع نفس المذكورات تنزيلاً وجعلاً من دون أنْ يقدر شيء، ولازمه التعميم كما لا يخفىٰ.

٥٤ ـ **قوله** ﷺ: **(الأخبار الواردة في طلاق** ...الخ)[٣].

أقول: كحسن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (عن طلاق المكره وعتقه فقال عليه السلام: ليس طلاقه بطلاق، ولا عتقه بعتق)[٤]، وكخبر آخر عن أبي عبدالله عليه السلام (لا يجوز الطلاق في استكراه ...إلى أنْ قال: إنّما الطلاق ما أُريد به الطلاق من غير استكراه ولا اضرار ...الحديث)[٥]، وكالمرسل عنه عليه السلام (لو أنّ رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسلطان فقهروه حتى يتخوّف على نفسه أنْ يعتق أو يطلّق ففعل لم يكن عليه شيء)[٦]، وفي آخر (لا يقع لا الطلاق باكراه، ولا اجبار، ولا مع سكر، ولا على غضب)[٧].

ومن قبيل الأخبار المذكورة ما دلّ ـ مضافاً إلى بعض المذكورات ـ على بطلان عتق المكره[٨]، بضميمة عدم الفصل، كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٧.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٨.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٨.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٧ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٣٧ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٤.
(٦) وسائل الشيعة، باب ٣٧ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٢.
(٧) الفقيه ٣: ٤٩٧، رواية ٤٧٥٤.
(٨) وسائل الشيعة، باب ١٩ من ابواب كتاب العتق.

عتق المكره؟ فقال: ليس عتقه بعتق)[١]، بل ورد في باب البيع أيضاً ما يمكن الاستدلال به، وهو الخبر (من اشترى طعام قوم وهم له كارهون قص لهم من لحمه يوم القيامة)[٢].

٥٥ ـ **قوله ﷺ: (منهم الشهيدان أنّ المكره ...الخ)**[٣].

أقول: المتأمل في عبارة المسالك[٤] في باب بيع المكره يكاد يقطع بأنّ مراده من عدم قصد المدلول عدم الرضا به، فمراده من القصد القصد مع الرضا، لا ظاهر ما ينسب إليه، ولا ما وجهه به المصنّف ﷺ من عدم قصد وقوعه في الخارج، فهو موافق لما ذكرنا، فراجع وتأمل.

٥٦ ـ **قوله ﷺ: (فالمراد بعدم قصد ...الخ)**[٥].

أقول: هذا ما وعدنا من كونه مناقضاً لما ذكره في أول العنوان، من أنّه قاصد لوقوع المضمون إلا أنّه لا بطيب النفس، فلا تغفل، والحق ما قلنا من أنّ مراده عدم الرضا، فتدبّر.

٥٧ ـ **قوله ﷺ: (أدنىٰ تأمل في معنىٰ الاكراه ...الخ)**[٦].

أقول: ذلك لأنّ معنى الاكراه على الشيء وقوعه في الخارج على وجه الكره، فلا بدَّ من قصد المدلول، وإلا لم يكن الفعل واقعاً في الخارج.

وبالجملة: الاكراه على البيع كالاكراه على شرب الماء، فكما أنّه لا يصدق إلا مع وجود الشرب في الخارج فكذا في البيع.

٥٨ ـ **قوله ﷺ: (وجعله مقابلاً ...الخ)**[٧].

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٩ من ابواب كتاب العتق، ح ١، ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ١١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٨.
(٤) مسالك الافهام ٣: ١٥٦.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.
(٧) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.

أقول: عطف على قوله (معنى الاكراه) يعني أدنى تأمل في جعله مقابلاً للقصد، فانَّ ذكرهم لهذا الشرط بعد ذكر اعتبار القصد دليل على أنَّ عقد المكره واجد للقصد.

٥٩ ـ قوله ﷺ: (وحكمهم بعدم ...الخ)[١].

أقول: يعني وفي حكمهم...الخ، فهو وقوله بعد ذلك (وصحة بيعه بعد الرضا) وقوله (استدلالهم له بالاخبار) كلها عطف على ما ذكر أعني قوله (معنى الاكراه).

٦٠ ـ قوله ﷺ: (وأنّه لا طلاق إلّا مع ...الخ)[٢].

أقول: هذا عطف على قوله (طلاق المكره) وأشار بهذه الأخبار إلى ما ذكره في الوسائل في باب آخر غير باب الاكراه، حيث قال (باب أنّه يشترط في صحة الطلاق القصد وإرادة الطلاق وإلا بطل)[٣]، ومن جملتها ما عن أبي جعفر عليه السلام (لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق)[٤]، ومنها ما عن أبي عبدالله عليه السلام (لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق)[٥]، فراجع.

٦١ ـ قوله ﷺ: (وفيما ورد فيمن طلق ...الخ)[٦].

أقول: عطف على قوله (في معنى ...الخ) و هو اشارة إلى خبر منصور بن يونس عن العبد الصالح عليه السلام (قلت له: جعلت فداك إني تزوجت امرأة...إلى أن قال: فأبوا عليَّ إلا تطليقها ثلاثاً، ولا والله جعلت فداك ما أردت الله، ولا أردت إلا أنْ أداريهم عن نفسي، وقد امتلأ قلبي من ذلك ؟ فمكث عليه السلام طويلاً مطرقاً ثم رفع رأسه وهو متبسم، فقال عليه السلام: أما بينك وبين الله فليس بشيء، ولكن إنْ قدموك إلى السلطان

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٠٩.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٠.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٢.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٣.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٣١٠.

أبانها منك)[1].

٦٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وغير ذلك مما ...الخ)**[2].

أقول: يعني وأدنى تأمل في غير ذلك مما...الخ .

٦٣ ـ **قوله**ﷺ: **(من أنَّ المكره والفضولي ...الخ)**[3].

أقول: فان جعله مثل الفضولي مع أنَّ في الفضولي القصد إلى المدلول متحقق قطعاً كاشف عن أنَّ المراد ليس ظاهره، بل ما ذكرنا.

قلت: هذا أيضاً مؤيد لما ذكرنا من أنَّ مراده من القصد المفقود هو الرضا، لا ما ذكره المصنّفﷺ من عدم قصد وقوع المضمون في الخارج، فتدبّر.

٦٤ ـ **قوله**ﷺ: **(حمل الغير على الفعل ...الخ)**[4].

أقول: يعتبر في صدقة أنْ يكون الحامل انساناً، فلا يصدق إذا كان الحامل له ضرورة أو خوفاً من حيوان مثلاً، وإنْ كان الفعل صادراً عن كره، وهذا هو الفارق بينه وبين الاضطرار.

٦٥ ـ **قوله**ﷺ: **(اقترانه بتوعيد منه ...الخ)**[5].

أقول: فعلى هذا لا يصدق على ما أشرنا إليه سابقاً من طلب الغير منه فعلاً إذا خاف من تركه الضرر السماوي، أو ضرراً من جانب شخص آخر إذا اطلع على ذلك، مع عدم توعيده، بل وكذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير لكن خاف منه الضرر، إلا إذا كان الأمر معلوماً من قرائن الأحوال، وحينئذٍ فالاقدام على الفعل قبل اطلاع الجابر بتخيل أنّه إذا اطلع على الترك أوصل إليه الضرر لا يعد من الاكراه، هذا.

ولا يلزم أنْ يكون التوعيد صريحاً، بل مجرد الأمر مع ظن الضرر على تركه

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٨ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٠.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣١٠.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣١١.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣١١.

كافٍ إذا كان من جانب الآمر.

ثم المدار على خوف ترتب الضرر وإنْ لم يكن مترتباً في الواقع، والظاهر عدم الفرق بين من كان خوّافاً ـ بحيث يخاف من كل أحد ـ وغيره، وإنْ كان المورد مما لا يحصل الخوف لغير هذا الشخص؛ لأنّه يصدق في حقه الاكراه، والظاهر أنّه يلزم أنْ يكون الحمل من الغير متحققاً، فلو توهم الأمر من الغير فحمله الخوف منه عليه مع عدم أمره واقعاً لا يعد اكراهاً، وتكون المعاملة صحيحة إذا كان مع القصد إلى وقوع المضمون، نعم في الاقدام على المحرمات لا يكون عاصياً؛ لأنَّ المدار فيها على تعمّد العصيان من غير عذر، وهو معذور عقلاً.

٦٦ ـ **قوله**ﷺ: (**أو متعلقه** ...الخ)(١).

أقول: ولو صديقه ممن يعدُّ في العرف الاضرار به اضراراً به، وأما غيره من اخوانه المؤمنين الغير المربوطين به فلا، هذا ولا يعتبر في الضرر المالي أنْ يكون مضراً بحاله، بأنْ يكون مجحفاً، بل يكفي مجرد صدق الضرر.

٦٧ ـ **قوله**ﷺ: (**فإنَّ من أكره على دفع** ...الخ)(٢).

أقول: قد عرفت عدم الفرق من حيث صدق الاستقلال في التصرف، ومن حيث كون المعاملة بغير طيب النفس في الرتبة الأولى وكونها عن كره، فالفرق عدم صدق الاكراه عليه وإنْ كان كارهاً، فانَّ مجرد الكراهة لا يوجب صدق الاكراه إلا إذا كان الحامل عليه شخصاً انسانياً بلا واسطة، ففي المثال الحامل لم يحمله إلا على دفع المال.

نعم، لا يبعد صدق الاكراه فيما لو كانت الواسطة خفية بحيث يصدق كون هذا هو المكره عليه وإنْ كان الأمر متعلقاً بغيره، ألا ترىٰ أنّه يصدق ذلك على من حمل الغير على بيع داره فأعطاه داراً أخرى له ليرفع اليد عنها، أو أعطاه مالاً آخر لذلك، فانّه يصدق أنّه مكره عليه في ذلك، والايكال إلى العرف في ذلك هو الأولى.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٢.

وكيف كان فالغرض أنَّ المناط صدق هذا العنوان، لا صدق الاستقلال وعدمه أو طيب النفس وعدمه، وإلا فقد عرفت عدم الفرق من هـذه الجـهة بـينه وبـين الاضطرار، فتدبّر.

بقي شيء لا بأس بالتنبيه عليه: وهو أنّه لا بدَّ في صدق الاكراه من كون الضرر المتوعّد به مما لم يكن مستحقاً عليه، فلو قال «افعل كذا وإلا قتلتك قصاصاً» وكان مستحقاً له عليه، أو «وإلا طالبتك بالدين الذي لي عليك» ونحو ذلك لا يـصدق عليه الاكراه، هذا.

ولا فرق بين أنْ يكون ضرراً دنيوياً وأخروياً، فلو قال «افعل كذا وإلا حملتك على شرب الخمر، أو منعتك من الصلاة الواجبة» ونحو ذلك كان اكراهاً، ولو قال «وإلا منعتك من صلاة الجماعة» ونحو ذلك من المندوبات ففي صـدق الاكـراه تأمل، ولا يبعد في بعض المقامات، وبالنسبة إلى بعض الافعال، فتدبّر.

٦٨ ـ **قوله**ﷺ: (**ثم إنَّه هل يعتبر** ...الخ)[١].

أقول: التحقيق اعتبار عدم امكان التفصّي، ولا فرق بين التورية ونحوها، لكن لا بالامكان العقلي، بل يكفي عدم الامكان العرفي، وهو مختلف بالنسبة إلى الافعال والمقامات كما لا يخفى، فامكان التفصّي بما يشق عليه أو يكـون مـعدوداً مـن الحيل البعيدة لا يضر بصدقه.

ودعوى أنَّ الأخبار مطلقة، ولا إشارة فيها إلى التورية وغـيرها مـدفوعة بـأنَّ الغالب عدم التفات الشخص المكره حين الاكراه إلى ذلك، خصوصاً بالنسبة إلى الكذب والحلف ونحو ذلك، مع أنَّ المذكور في الأخبار حكم الاكراه على العتق والطلاق مع قطع النظر عن هذا الحكم، ومعلوم أنَّ المكره يتخيل أنَّ الواقع منه سبب في الواقع بمجرد صدوره منه فيقصده، وليس ملتفتاً إلى أنّه لم يكن قاصداً أو راضياً لا يكون صحيحاً.

ولذا يمكن أنْ يقال: إنَّ العالم بكون الطلاق الاكراهي ليس بصحيح لا يكون

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١٢.

مكرهاً عليه؛ لأنّه حينئذٍ لا يقصد وقوعه في الخارج، ولو قصده يكون صحيحاً، فتأمل.

هذا في غير مثل الكذب، وأما فيه فيمكن أنْ يقال: إنَّ الوجه في اطلاق أخباره أنَّ التورية لا تخرج الكلام عن الكذب؛ لأنَّ مداره على اظهار خلاف الواقع، سواء كان قاصداً أم لا، فالقاء الكلام الظاهر في خلاف الواقع لارائته كذب، كيف ؟ وإلا لزم لغوية تحريم الكذب ؛ لامكان التورية في جميع المقامات، فيحصل مقصوده من الكذب ولا يكون حراماً، فتدبّر.

٦٩ ـ **قوله**ﷺ: (**بل غير صحيح في بعضها من جهة** ...الخ)[١].

أقول: الظاهر أنَّ مراده من ذلك البعض ما ورد في قضية عمّار الآتية[٢].

٧٠ ـ **قوله**ﷺ: (**وربما يستظهر من بعض** ...الخ)[٣].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ الظاهر من الرواية المذكورة تحقق الاكراه بدون التوعيد بالضرر أيضاً؛ لأنَّ التفصّي بغير التورية أيضاً غير لازم، فلا دخل لها بمسألة امكان التفصّي وعدمه، بل مقتضاه سعة دائرة الاكراه من حيث صدقها بمجرد ميل النفس إلى مخالفة الأمر وإنْ لم يكن هناك ايعاد بالضرر، وهذا واضح جداً.

٧١ ـ **قوله**ﷺ: (**لكن الانصاف** ...الخ)[٤].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ حاصله يرجع إلى الدعوى المذكورة التي حكم بكونها كما ترىٰ.

٧٢ ـ **قوله**ﷺ: (**لأشير إليها** ...الخ)[٥].

أقول: قد عرفت أنّه يمكن أنْ يكون وجه عدم الاشارة عدم خروجه عن الكذب

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١٣.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٥.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣١٣.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣١٤.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣١٥.

بالتورية، فلا تكون مفيدة، وهذا بخلاف التورية في العتق والطلاق والبيع ونحوها، ومن ذلك يظهر الجواب عما في قضية عمّار فانَّ ما أرادوا منه كان هو التبرّي عن رسول الله، وهو مثل السب في كونه حراماً وإنْ لم يكن ذلك بقلبه، فالتورية غير نافعة فيه؛ إذا المناط فيه هو اللفظ الدال كما في السب؛ إذ التكلّم به حرام وإنْ لم يكن قاصداً، بل ولو كان قصده المدح، فانَّ المدار فيه على الهتك، وهو حاصل بمجرد الكلام سواء كان قاصداً أم لا.

٧٣ ـ قولهﷺ: **(ومعلوم أنَّ المراد ليس امتناعه** ...الخ)[١].

أقول: فيه منع واضح؛ إذ مع امكان الامتناع واقعاً مع اعتقاد المكره عدم الامتناع لا يصدق الاكراه بالنسبة إلى الواقع، بل بالنسبة إلى الأعم من الفعل الواقع ومن صورة الفعل، فلا يكون الفعل مكرهاً عليه، وإلا فيمكن فرض مثله بالنسبة إلى التفصّي بغير التورية أيضاً، كما إذا أمكنه إراءة أنَّه شرب الخمر مع عدم شربه، بأنْ يقربه من فمه ولا يشرب، أو أمكنه اهراقه بحيث لا يراه، ويعتقد أنَّه شربه، فيلزم جواز الشرب حقيقة حينئذٍ؛ لأنَّه مكره عليه حيث إنَّه يترتب الضرر على الامتناع بحسب اعتقاد المكره، ولا يمكن الالتزام به، وهذا واضح جداً، ولعله لذا قال في آخر الكلام «فافهم».

٧٤ ـ قولهﷺ: **(فالظاهر صدق الاكراه حينئذٍ** ...الخ)[٢].

أقول: فيه منع إلا إذا كان الخروج عن ذلك المكان لاعلام الخدم حرجاً عليه، ومجرد عدم طيب النفس لا يكفي في صدق الاكراه، وكيف يمكن فرضه مع حضور الخدم أيضاً، فانَّه قد لا تطيب نفسه ومع ذلك يوقع المعاملة.

والحاصل: أنك عرفت أنَّ المناط صدق الاكراه، وإلا فطيب النفس في الرتبة الثانية لا ينفك عن فعل الفاعل المختار، والصدق مع الفرض المذكور ممنوع، ومجرد كراهة الخروج من ذلك المكان لا يكفي في ذلك، وإلا فيمكن أنْ يقال إنَّ

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١٦.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٧.

مع حضور الخدم أيضاً قد يكره أمرهم بدفع شر المكره.

٧٥ ـ **قوله ﷺ: (وإنْ كان هو المتبادر ...الخ)**[١].

أقول: فيه منع كما عرفت؛ إذ قد يصدق الاكراه مع عدم الوصول إلى حد الاضطرار، بأنْ يكون التفصّي ممكناً بغير الطرق المعتادة، ولا يبعد أنْ يكون المراد من حديث الرفع أيضاً الأعم من الواصل إلى حد الاضطرار وعدمه، فيكون الفرق بينه وبين الاضطرار المعطوف عليه بوجهين، أحدهما ما ذكره المصنّف، والثاني أوسعية دائرة الاكراه، فتدبّر.

٧٦ ـ **قوله ﷺ: (حيث استدلوا ...الخ)**[٢].

أقول: قد عرفت أنَّ استدلالهم في غير محله .

٧٧ ـ **قوله ﷺ: (وخصوص ما ورد ...الخ)**[٣].

أقول: لا يخفى أنَّ مورد خبر طلاق المداراة صورة تحقق الاكراه فراجع، فهو داخل في عداد سائر أخبار الاكراه الواردة في الطلاق، وليس ههنا خبر يدل على بطلان الطلاق المداراتي مع فرض عدم الاكراه؛ حتى يكون دليلاً على أنَّ وجه البطلان عدم طيب النفس، فتدبّر.

٧٨ ـ **قوله ﷺ: (لأنَّ المناط في رفع ...الخ)**[٤].

أقول: بل التحقيق أنَّ المناط في المقامين صدق الاكراه، ولكنه يختلف بالنسبة إليهما، كما أنَّه لا يبعد اختلاف الصدق بحسب أفراد التكليفيات والوضعيات أيضاً، والمناط في الاختلاف عظم شأن المعاملة وعدمه، وكذا عظم شأن الواجب أو الحرام وعدمه، فقد يصدق الاكراه بايعاد ضرر على ترك الكذب، ولا يصدق بايعاده على ترك الزنا، وقد يوجب امكان التفصّي بوجه بعيد منافياً لصدق الاكراه

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١٨.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣١٨.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣١٨.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣١٩.

على الزنا مثلاً، ولا يعد منافياً بالنسبة إلى الاكراه على صغيرة وهكذا، فتدبّر.

٧٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ومن هنا لم يتأمل أحد ...الخ)**[١].

أقول: عدم الفرق بين أحد المحرمين وإحدى المعاملتين في كون كل من الفردين مكرهاً عليه إذا كان الاكراه على إحداهما من الواضحات، والاستشكال في الثاني أو الفتوى بصحته من جهة أنّ الخصوصية إنّما هي بطيب النفس في غير محله، بل معلوم الفساد، فلا بدّ من توجيه فتوى القواعد بما يخرجه عن معلومية الفساد، وحينئذٍ فاستشهاد المصنّف ـ بهذا الفرق على ما ذكره مما لا كراهة ـ فيه كما لا يخفىٰ.

٨٠ ـ **قوله**ﷺ: **(نعم هذا الفرد مختار فيه ...الخ)**[٢].

أقول: محصل الكلام أنّه لو أكره أحد الفردين، أو على كلي تحته فردان أو أفراد فلا اشكال في كونه مكرهاً بالنسبة إلى القدر المشترك أو الكلي المفروض، فيرتفع الأثر المتعلق به، فلو أكرهه على شرب الخمر أو الماء يكون مكرهاً بالنسبة إلى أصل الشرب، فلو كان ناذراً أنْ لا يشرب شيئاً مثلاً لا يتعلق به حكم الحنث.

وأما بالنسبة إلى الخصوصيتين فانْ كان إحداهما مما لا أثر لها كالمثال المفروض، أو كان الاكراه فيها بحق، كما لو أكرهه على الانفاق على زوجته الواجب عليه أو طلاقها فلا يكون من الاكراه بالنسبة إلى ما له أثر، أو يكون الاكراه فيه بغير حق، ففي المثال يعاقب على شرب الخمر لأنّه مختار فيه من حيث إنّه مختار في عنوان هو ارتكاب المحرم، وفي مثال الطلاق يحكم بصحته لأنّه مختار فيه.

وإنْ كان كل منهما مما له أثر كالاكراه على إحدى المعاملتين أو على شرب أحد المحرمين فهو مكره بالنسبة إلى كل منهما، إلا أنْ يكون لأحداهما خصوصية زائدة، بأنْ يكون أحد المحرمين مما له عنوانان، والآخر له عنوان واحد، كما إذا

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣١٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٠.

أُكره على شرب أحد المايعين اللذين أحدهما نجس فقط، والآخر نجس مع كونه مال الغير مثلاً، فهو غير مكره بالنسبة إلى التصرف في مال الغيره وهكذا، وهذا واضح.

ويلحق بذلك ما إذا كان أحدهما أهم من الآخر كالاكراه على الكذب أو الزنا مثلاً، فانّ الواجب حينئذٍ اختيار الكذب، لكن هذا لا من جهة عدم صدق الاكراه، بل من جهة وجوب اختيار أقلهما مفسدة، كما في صورة الاضطرار إلى أحد المحرمين من دون وجود مكره، فالترجيح في المقام عقلي، بخلاف الصورة السابقة فانّ ما له عنوانان يكون أحد العنوانين فيه مختاراً فيه، فتدبّر.

٨١ ـ **قوله ﷺ: (لو اكره على بيع ماله أو ايفاء ...الخ)**[1].

أقول: لعل من هذا القبيل ما في خبر محمد بن الحسن الاشعري قال: (كتب بعض موالينا إلى أبي جعفر ﷺ معي أنّ امرأة عارفة أحدث زوجها فهرب من البلاء، فتبع الزوج بعض أهل المرأة، فقال إما طلقت وإما رددتك، فطلقها ومضى الرجل على وجهه، فما ترىٰ للمرأة؟ فكتب بخطه تزوجي يرحمك الله)[2] بحمله على ما إذا كان يجب عليه الرجوع، أو كان الغرض الرد لأخذ النفقة أو نحو ذلك، فتدبّر.

٨٢ ـ **قوله ﷺ: (ثم إنْ أكراه أحد الشخصين ...الخ)**[3].

أقول: لا اشكال في ذلك إلا إذا فرض علم أحدهما بأنّ الآخر يفعله وإنْ فعله هذا أيضاً من جهة عدم اطلاعه على حال هذا، فانّه حينئذٍ لا يكون مكرهاً؛ إذ له حينئذٍ أنْ لا يفعل، هذا.

وأما لو فرض أنّه يعلم أنّ الآخر يبادر إلى الفعل على فرض عدم مبادرته، بأنْ يكون خوفه أزيد من خوف هذا، فمن جهة ضعف قلبه يبادر إلى العقد مع عدم

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٤.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٢١.

مبادرة هذا، فالظاهر أنَّ كلاً منهما مكره، فلو بادر هذا أيضاً يكون من الاكراه، وإنْ كان له أنْ يتفصّى بترك المبادرة من جهة قوة قلبه، فتأمل.

ثم إنَّه لو كان وقت الفعل المكره عليه موسعاً، بأنْ كان من قبيل الواجب الموسع فهل له المبادرة إلى الفعل قبل أنْ يتضيق ؟ بمعنى أنّه لو فعل يكون مكرهاً أو لا ؟ بل لا بدَّ من التأخير إلى الضيق، أو فرق في ذلك بين المحرمات والمعاملات، ففي المحرمات لا يجوز المبادرة، وفي المعاملات يحكم بالبطلان مع المبادرة أيضاً.

التحقيق أنْ يقال: إنْ كانت المبادرة من جهة خوف عدم الامكان بعد ذلك والوقوع في الضرر المتوعّد به فلا اشكال في جوازها، وإنْ علم أنّه لا يفوت منه الفعل بعد ذلك أيضاً ويمكنه الاتيان به في آخر الوقت ودفع الضرر، فانْ كان عالماً بأنّه لا بدَّ من ذلك، بمعنى أنّه لا يحتمل مندوحة منه في التأخير فالظاهر جواز المبادرة أيضاً لصدق الاكراه حينئذٍ؛ إذ المفروض أنَّ الفعل لا بدَّ من صدوره منه، ولا يتفاوت الأول والأخر، وإنْ احتمل امكان التفصّي بالتأخير فالظاهر عدم جواز المبادرة حينئذٍ.

والأقوى أنَّه مع العلم بعدم التفصّي أيضاً لا يجوز المبادرة إذا كان من المحرمات، فلو طلب منه شرب الخمر في ظرف يوم كذا فلا يجوز له أنْ يشربها في أول ذلك اليوم؛ لأنَّه غير مضطر إلى شرب الخمر إلا في آخر ذلك اليوم، فتأمل.

تنبيه: لو قال «بع دارك أو دار زيد فضولاً» فباع داره، هل يكون اكراهياً أو لا ؟ وجهان أقواهما العدم؛ لأنَّ بيع دار زيد مما لا محذور فيه بالنسبة إليه؛ لأنّه لا يعد تصرفاً في مال الغير؛ فيكون من قبيل ما لو قال «بع دارك أو اشرب الماء المباح»، فتدبّر.

٨٣ـ قوله‌ﷺ: **(وهو داخل في عقد الفضولي ...الخ)**[١].

أقول: فعلى هذا لو أكرهه على التوكيل في طلاق زوجته، فوكل غيره بطل، ولا

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢١.

يصح بالاجازة أيضاً؛ لعدم جريان الفضولية في الطلاق.

ودعوى: أنّه تكون الاجازة متعلقة بالتوكيل الذي هو قابل للفضولية لا بالطلاق، نعم لو أجاز الطلاق من دون أنْ يجيز الوكالة كان كما ذكر.

مدفوعة: بعدم الفرق؛ وذلك لأنَّ المناط عدم صحته موقوفية الطلاق على شرط متأخر، فلا فرق بين أنْ يكون ذلك من جهة توقفه على اجازته أو على اجازة عقد يكون صحة الطلاق موقوفة عليه، فتدبّر.

٨٤ـ قولهﷺ: **(والأقوىٰ هنا الصحة لأنَّ** ...الخ)[١].

أقول: قد يستشكل في مثال الطلاق من جهة ما أشرنا إليه من عدم جريان الفضولية فيه، ومرجع المقام إليه؛ لأنَّ قوله «طلّق زوجتي» راجع إلى توكيله في الطلاق، وإذا كان اكراهياً فتكون الوكالة غير متحققة، فيرجع إلى الطلاق الفضولي.

وفيه: أنَّ غاية الأمر بطلان الوكالة، وأما الاذن فلا يبطل لأنّه موجود بالوجدان، وهو كافٍ، وإنْ شئت فقل إنَّ الفضولي الممنوع في الطلاق هو ما كان فيه الطلاق موقوفاً على شرط متأخر، وفي المقام ليس كذلك؛ لأنّه على فرض الصحة لا يحتاج إلى شرط متأخر؛ لأنَّ المفروض حصول الرضا حين صدوره.

٨٥ـ قولهﷺ: **(إنّما يرفع حكماً ثابتاً** ...الخ)[٢].

أقول: إنْ أراد أنَّ المرفوع هو الحكم الذي عليه، لا الحكم الذي له؛ لأنّه المناسب للامتنان، ففيه أنَّ لازمه صحة الهبة فيما لو أكره على قبولها، فانَّ ذلك نفع له لا ضرر عليه إذا كانت بلا عوض، وهكذا في كل ما كان من هذا القبيل.

ودعوى: أنَّ تملّكه للمال قهراً عليه مخالف لغرضه، فيكون بهذا الاعتبار مما عليه لا محالة.

مدفوعة: بأنَّ مثل هذا في المقام أيضاً موجود، فانَّ صدور طلاق زوجة الغير أو تمليك ماله عنه قد يكون منافياً لغرضه؛ فلا بدَّ أنْ يرتفع أثره بمقتضى رفع الاكراه،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٣.

وهذا هو التحقيق، فانّه لا يلزم أنْ يكون أثر الفعل الاكراهي ضرراً عليه، بل مجرد كونه منافياً لغرضه كافٍ في ذلك، فاكراهه على طلاق زوجة الغير أو بيع ماله أو نحو ذلك لا بدَّ أنْ يكون مرفوعاً أيضاً، هذا.

مع أنَّ دعوى لزوم كون الأثر مما عليه محل منع؛ إذ يمكن دعوى اطلاق دليل الرفع.

وإنْ أراد أنَّ المرفوع هو الأثر المتعلق به، وأثر الطلاق في الفرض ليس متعلقاً به، بخلاف الاكراه على قبول الهبة ففيه منع ذلك، ولا دليل على هذا التقييد، بل مقتضى الامتنان أنْ لا يكون الفعل الاكراهي مؤثراً إذا كان الأثر مخالفاً لغرضه، سواء تعلق به أو بغيره.

فان قلت: سلمنا ذلك، لكن يمكن تتميم المطلب بوجه آخر، وهو أنْ يقال إنَّ المعاملة الصادرة من المكره لها حيثيتان، فمن حيثية تكون فعلاً للمكره، ومن حيثية أخرى تكون فعلاً للمالك أو الزوج الموكلين، وكونها مرفوعة الأثر من الجهة الأولى لا ينافي كونها مؤثر من الثانية.

والحاصل: أنَّها من حيث إنَّها مكرهٌ عليها غير مؤثرة، ومن حيث إنَّها مرضيٌّ بها، وهو من جهة كونها صادرة عن الموكل مؤثرة.

قلت: سلمنا أنَّ لهما جهتين، إلا أنَّ الجهة الثانية تابعة للأولى؛ إذ كونهما فعلاً للموكل من حيث إنَّ العاقد آلة له، وبمنزلة لسانه، وإذا كان مكرهاً وحكم بعدم الأثر لها بهذا اللحاظ فيبطل كونه آلة ولساناً للموكل، وهذا واضح.

٨٦ـ **قوله**﴿ره﴾: **(ومما يؤيد ما ذكرنا** ...الخ)[١].

أقول: محصله أنَّ مقتضى صحة البيع بلحوق الرضا كون المناط هو الرضا بمضمون العقد، وإنْ كان صدور الصيغة عن كره، وذلك لأنَّ الاجازة لا توجب انقلاب الكره في صدور الصيغة إلى الرضا بها، والرضا بالمضمون حاصل في المقام أيضاً؛ إذ المفروض أنَّ من له العقد راضٍ بذلك، بل هو أولى من الاجازة

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٣.

لسبق الرضا في المقام ومقارنته للصدور، بخلافه في الاجازة.

قلت: ويؤيد ذلك أنّه لو فرض كون الاكراه على التلفظ بالصيغة وإنْ كان بلا قصد للبيع فأوقعها بقصد البيع يكون صحيحاً، ولا يضره الاكراه في إجراء الصيغة، فهذا كاشف عن أنّ صدورها عن كره لا يضر بعد كون المضمون مرضياً به، هذا.

ولكن يمكن أنْ يقال: إنّ الاجازة وإنْ لم توجب انقلاب ما وقع عما عليه من الأول إلا أنّها موجبة لانقلابه من هذا الحين، بجعله كأنّه صدر عن رضا، فيمكن منع كفاية مجرد الرضا بالمضمون.

وأما ما ذكرنا من التأييد فيمكن أنْ يقال بالفرق بين المفروض والمقام؛ إذ فيه ليس عنوان البيع مكرهاً عليه، بخلاف المقام، فتدبّر، وسيأتي تتمة الكلام[1].

٨٧ ـ **قوله**ﷺ: **(مع انه يمكن اجراء** ...الخ)[2].

أقول: وذلك بدعوى أنّ المناط في ظهور القصد كون الفعل اختيارياً في مقابل الاضطرار بمعنى مثل حركة المرتعش، ألا ترىٰ أنّه لو أكرهه على شرب الماء فشرب يحمل ذلك منه على كونه قاصداً إلى الشرب، لا أنّه وقع منه بلا قصد، فكذا إذا تكلّم بكلام اكراهاً يحمل على كونه قاصداً لمضمونه.

إلا أنْ يقال فرق بين مثل ذلك الشرب وما نحن فيه، فانّ فيه لا يمكنه أنْ لا يقصد إذا كان ملتفتاً غير غافل، بخلاف المقام فانّه يمكن أنْ لا يقصد المعنى على فرض عدم الغفلة أيضاً، وبعبارة أخرى الجاري في مثال الشرب أصالة عدم الغفلة، وإلا فالقصد على فرض الالتفات معلوم؛ لعدم امكان عدمه، والمقصود في المقام اجراء أصالة القصد، ولا ينفع اجراء أصالة عدم الغفلة، ولعله إلى هذا أشار بقوله «فتأمل».

---

(١) تعليقة ٩١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٣.

❑ فرع: الاكراه على بيع عبد من عبدين

٨٨ ـ قوله﴿ره﴾: (مع احتمال الرجوع ...الخ)[١].

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال؛ إذ من المعلوم أنّه يرتفع عنه لسان المكره، ويندفع عنه ضرره بالبيع الأول لحصول مقصده؛ فلا وجه لكون الثاني مكرهاً عليه أصلاً، وحينئذٍ فلو فرض كون قصده امتثال أمر المكره بالبيع الثاني، وأنّه أوقع الأول عن الرضا يكون الأول أيضاً صحيحاً؛ لأنّ الزام المكره وإنْ كان متحققاً حينه، لكن لم يوقعه على وجه الاكراه، فيكون كلا البيعين صحيحاً، أما الأول فلفرض الرضا، وأما الثاني فلعدم بقاء الاكراه حينه، بل لو علمنا أنّه أوقع الثاني على وجه الكره و جعله مصداق ما طلبه المكره لم نحكم ببطلانه بناءً على ما حققنا من كون بطلان البيع الاكراهي من جهة خصوص حديث الرفع ونحوه.

نعم، بناءً على مختار المصنّف﴿ره﴾ من كون المناط عدم الطيب يلزم الحكم ببطلانه وإنْ لم يصدق عنوان الاكراه؛ لفقد الشرط ـ الذي هو الرضا ـ لكنك عرفت سابقاً[٢] أنّ الطيب الثانوي التبعي كافٍ في الصحة لولا دليل الاكراه، وهو حاصل في بيع المكره، فتدبّر.

٨٩ ـ قوله﴿ره﴾: (وبطلان الجميع ...الخ)[٣].

أقول: يحتمل الحكم بصحة أحدهما والتعيين بالقرعة، لكن المتعين الحكم بصحة الجميع؛ وذلك لأنّ بيعهما معاً دفعةً مع كون الاكراه على أحدهما يكشف عن كون البائع راضياً ببيع أحدهما، ومعه لا يؤثر الاكراه شيئاً؛ لأنّ المفروض أنّ ما ألزمه المكره ـ وهو بيع أحدهما غير معين ـ نفس ما هو راضٍ به؛ فلا يكون اكراهاً على ما لا يرضاه.

والحاصل: أنّ الاكراه إنّما يتحقق فيما لم يكن الملزم به مرضياً به، وفي المقام

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٤.
(٢) تعليقة ٤٩.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٤.

ليس كذلك، فوجود الالزام من المكره كعدمه.

إلا أن يقال: غاية ما يكون اجتماع سببين مستقلين على مسبب واحد؛ لأنّ المفروض أنّ الزام المكره حاصل، وضرره على فرض الترك واقع، وهو سبب مستقل في اختيار الفعل، كما أنّ رضاه أيضاً حاصل، فاذا وقع العقد يكون مسنداً إليهما، فكما أنّه مستند إلى الرضا كذلك مستند إلى الاكراه أيضاً.

وفيه أولاً: أنّا نمنع صدق الاكراه؛ إذ يعتبر في تحقق موضوعه عدم طيب النفس، والمفروض وجوده، فليس المقام من قبيل اجتماع داعيين وتحقق عنوانين كما في الغسل بداعي القربة والتبريد، فانّ في المقام تحقق أحد العنوانين موقوف على عدم الآخر؛ وذلك لأنّ تحقق الاكراه فرع عدم تحقق الرضا، بخلاف داعي القربة وداعي التبريد فانّهما غير متنافيين، فيمكن أنْ يقال إنّ الفعل صدر لله وصدر للتبريد لوجود الجهتين.

وثانياً ـ على فرض صدق العنوانين ـ نقول مقتضى القاعدة الصحة؛ لأنّ غاية ما هناك أنّ المعاملة الاكراهية لا تقتضي ترتب الأثر، فلا تنافي لزوم ترتبه من جهة صدق كونه عن رضا أيضاً؛ وذلك لأنّهما من قبيل المتقضي واللامقتضي، ولا منافاة بينهما، وأنّ المنافاة بين المقتضي للترتب والمقتضي لعدمه، وليس عنوان الاكراه من قبيل المقتضي للعدم فيما نحن فيه، نظير اجتماع داعي القربة مع داعي التبرّد، لا من قبيل داعي القربة وداعي الرياء؛ حيث إنّ ضميمة التبرّد غير مضرة، فمع صدق كون العمل بداعي أمر الله يحكم بالصحة، وإنْ صدق كونه بداعي التبرّد أيضاً.

وأما ضميمة الرياء فهي منافية للصحة، ولا يكفي مجرد صدق داعي الأمر؛ لأنّه يعتبر فيه مضافاً إلى ذلك الخلوص عن الشرك، فكما أنّ داعي القربة مقتضٍ للصحة، فداعي الرياء مقتضٍ للعدم، فهما متنافيان من حيث الأثر، بخلاف الضمائم الأُخر فانّها إنّما تضر من جهة عدم صدق داعي الأمر، وإلا فهي ليست مانعة في حد نفسها، فمع فرض الصدق يحكم بالصحة وإنْ صدق العنوان الآخر

أيضاً، ولهذا نقول إنَّ اختيار الفرد بداعي الرياء مبطل، بخلاف اختياره بداعي التبرّد أو نحوه.

والحاصل: أنّه يعتبر في صحة العمل القربة والخلوص عن الرياء، لا الخلوص عن الاعراض الأخر أيضاً، فبمجرد صدق الرياء يبطل العمل وإنْ كان داعي القربة مستقلاً أيضاً ؛ وذلك من جهة الأخبار الدالة على أنَّ من عمل لله ولغيره تركه لغيره، وبالجملة فحال الاكراه حال سائر الضمائم في مسألة القربة، هذا.

والتحقيق: ما ذكرناه أولاً من عدم صدق الاكراه مع فرض وجود طيب النفس وإنْ كان الاكراه ـ بمعنى أمر الغير وإلزامه به وتوعيده الضرر ـ أيضاً موجوداً؛ لما عرفت من أنَّ تحقق موضوعه مشروط بعدم طيب النفس، فتدبّر.

٩٠ ـ **قوله**ﭭ: **(مع عدم الامارات نظر** ...الخ)[1].

أقول: ومن ذلك يعلم حال مسألة التنازع في الاكراه وعدمه كلية، فانَّ مقتضى الأصل الحكم بالصحة وعدم الاكراه في كل مقام شك فيه، إلا إذا كانت الامارات موجودة فحينئذٍ يقدم قول مدعي الفساد، فتدبّر.

٩١ ـ **قوله**ﭭ: **(وعدم جواز حمل الفرع** ...الخ)[2].

أقول: يمكن حمله على هذا الوجه لكن بأدنى تغيير، وهو أنْ يقال إنَّ مراده ما إذا رضي المكره بعد حصول الاكراه، وأوقع الطلاق عن طيب نفسه مع وجود سبب الاكراه أيضاً، بأنْ يكون فاعلاً للفعل على فرض عدم الرضا أيضاً من جهة وجود سبب الاكراه، بأنْ لم يكن بانياً على تحمّل الضرر المتوعّد به؛ فيكون صدور الفعل منه لوجود داعيين، داعي الاكراه وداعي الرضا، مع كون كل منهما مستقلاً لولا الآخر، وحينئذٍ فوجه أقربية الصحة ما ذكرناه آنفاً من عدم تحقق عنوان الاكراه مع وجود طيب النفس، فيكون صدور الفعل مستنداً إلى الرضا، لا إلى الاكراه وإنْ وجد سببه أيضاً.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٥.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٧.

ووجه الاحتمال الآخر صدق كون الفعل عن اكراه أيضاً، بل المفروض أسبقية سببه؛ حيث إنَّه من أول الأمر لم يكن راضياً، بل رضىٰ بعد ذلك، خصوصاً مع كون المفروض أنَّ سبب وجود الرضا حصول الاكراه، بمعنى أنَّه الباعث على حصول الطيب وحدوثه، والفعل حينئذٍ وإنْ كان صادراً عن الرضا إلا أنَّه يسند إلى أسبق السببين عرفاً.

لكن التحقيق هو الوجه الأول؛ لما عرفت من عدم تحقق عنوان الاكراه مع فرض وجود الطيب، فليس من قبيل اجتماع السببين وداعيين، وحينئذٍ فنمنع اسناد العرف إلى الاكراه من جهة كونه أسبق السببين؛ لأنَّ المفروض عدم تحققه مع وجود الآخر، بل يسند إلى السبب القريب، وهو داعي الرضا.

وبالجملة: فيحتمل قريباً حمل كلام العلامة على ذلك، ويمكن حمله على الوجه الثاني الذي ذكره المصنّف بقوله (وكذا لا ينبغي التأمّل في وقوع...الخ) .

وحاصله أنْ يكون كل من الاكراه وداعي الرضا جزءً من سبب صدور الفعل؛ بحيث لولا الرضا لم يكن الاكراه كافياً في الصدور، ولو لم يكن الاكراه لم يكن الرضا وميل النفس كافياً فيه، وكون المجموع من حيث المجموع علةً وباعثاً على صدور الفعل، وحينئذٍ فوجه الصحة صدق كون الفعل عن الرضا وإنْ كان تحققه بعد وجود أمر آخر من إلزام الغير، ووجه الفساد مدخلية الاكراه أيضاً في الصدور، والأقوى الأول على هذا الوجه أيضاً.

والانصاف أنَّه لا محمل للفرع المزبور إلا أحد هذين الوجهين، ويتم معهما أقربية الصحة حسبما عرفت.

نعم، يبقىٰ هنا شيء: وهو أنَّ لازم ما ذكرنا من صحة المعاملة في الوجهين الحكم بالحرمة إذا فرض كون الاكراه على المحرم كذلك، بأنْ يكون طيب النفس بالفعل مع وجود سبب الاكراه، ولا يمكن الالتزام به، فانَّ الظاهر أنَّه لو أكرهه على شرب الخمر فشربه بطيب نفسه لا يكون آثماً.

ويمكن *أنْ يقال*: إنَّ الفرق بين المحرمات والمعاملات أنَّ في الأولى يكفي

وجود سبب الاكراه في رفع الحرمة، من جهة أنّ ملاكه تحقق العذر ووجود السبب كافٍ فيه؛ ولذا لا يمكن الحكم بوجوب الاجتناب مع وجود الاكراه أو الاضطرار، ومجرد طيب نفسه وميله إلى الفعل لا يكون حراماً.

والحاصل: أنّ الاضطرار ـ بمعنى وجود سببه ـ كافٍ في العذر، بخلاف الثانية فانّ مجرد وجود[1] السبب لا يكفي فيه، بل المناط صدورها عن ميل النفس وعدمه، فتدبّر.

٩٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وإنْ كان الداعي هو الاكراه ...الخ)**[2].

أقول: لا يخفىٰ أنّ ذكر هذا القسم غير مناسب في المقام؛ إذ لا يمكن أنْ يجعل محملاً للفرع المذكور في كلام العلامة، بل المناسب ذكره في مقام بيان مناط صدق الاكراه، وأنّ اللازم أنْ يكون الضرر الحاصل من الترك هو ما توعد به المُكْرِه، أو يكفي مطلق الضرر، وهل الضرر الوارد على بعض المؤمنين وإنْ لم يكونوا متعلقين بالمكره كافٍ أو لا ؟ وهل يكفي مجرد الخوف من الوقوع في المعصية أو لا ؟ فتدبّر.

٩٣ ـ **قوله**ﷺ: **(والحكم في هاتين الصورتين لا يخلو ...الخ)**[3].

أقول: يظهر منهﷺ أنّ محمل كلام العلامة إحدى هاتين، وقد عرفت من بياناتنا السابقة أنّ موضوع أصل البحث في المقام هو هاتان الصورتان فلا ينبغي التأمل في لحوق حكم الاكراه لهما؛ إذ مع عدم توطين النفس على الفعل لا يصدق أنّه صدر منه الفعل مكرهاً؛ لأنّه يرجع إلى عدم قصد عنوان البيع أو الطلاق، ومعه يكون البطلان من جهته، لا من جهة أدلة الاكراه ؛ ولذا قلنا إنّ في الاكراه الرضا التبعي الثانوي.

الحاصل: إنّما المفقود هو الرضا في الرتبة الأولى، ومناط صحة المعاملة هو

---

(١) وفي نسخة «ب» وجوب، بدل وجود.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٧.
(٣) كتاب المكاسب ٣:٣٢٧.

الأول، وأنّ بطلان المعاملة الاكراهية من جهة التعبُّد، لا من جهة فقد الشرط، وحاصل مفاد الأدلة حينئذٍ أنّ الرضا التبعي إذا كان من جهة الاكراه لا يكفي في صحة المعاملة، بل لا بدّ إما من الرضا الأولي أوالثانوي الناشيء من غير الاكراه، فتدبّر.

٩٤ ـ **قوله**ﷺ: (**خالية عن الشاهد** ...الخ)[1].

أقول: وذلك لأنّ دليل اعتبار الرضا في العقود هو الاجماع، وقوله (لا يحل)، وقوله تعالى ﴿ تجارة عن تراضٍ ﴾، وأدلة الاكراه.

والأول لبي مجمل، والقدر المتيقن منه مطلق الرضا أعم من المقارن واللاحق، بل وكذا حكم العقل باعتباره؛ إذ هو أيضاً لا يعتبر أزيد من ذلك.

والثاني أيضاً لا إشارة فيه إلى المقارنة، مع أنّ مقتضاه توقف الحلية على مجيء الرضا، ونحن لا نحكم بها إلا بعده.

وأما الآية فسيأتي عدم دلالتها على الحصر، فغايتها جواز الأكل مع التجارة عن تراضٍ، وأما عدم الجواز في غير هذه الصورة فلا دلالة لها.

وأما أخبار الاكراه فسيأتي ما فيها أيضاً، قلت سيتضح حال الآية والأخبار إنْ شاء الله.

٩٥ ـ **قوله**ﷺ: (**ومدفوعة بالاطلاقات** ...الخ)[2].

أقول: يمكن دعوى انصرافها إلى صورة مقارنة الرضا، بل هي قريبة جداً، فمع فرض عدم دلالة أدلة الرضا على اعتبار المقارنة أيضاً يتم المطلب من جهة عدم الدليل على الصحة، فتدبّر.

٩٦ ـ **قوله**ﷺ: (**عدم كون عقد الفضولي عقداً** ...الخ)[3].

أقول: وحينئذٍ فلا بدّ من دعوى كون صحة الفضولي على خلاف القاعدة من

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.

جهة الأخبار الخاصة.

٩٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وكون إكراهه على العقد** ...الخ)[١].

أقول: كون ذلك تعبدياً مما لا بدّ منه على كل حال، سواء قلنا بعدم صدق العقد عليه أو قلنا به، وذلك لأنّ الرضا أيضاً شرط، فالتعبدية من جهته لازمة، وبعبارة أخرى صحة عقد المكره بحق على خلاف القاعدة، إما من جهة أنّه ليس بعقد، وإما من جهة أنّه فاقد للشرط، ولا فرق بين الأمرين.

نعم التحقيق: أنّ الصدق متحقق، والغرض أنّ الالتزام باللازم المذكور مما لا مانع منه، فليس هذا مؤيداً؛ إذ فساد اللازم ممنوع ، وإنْ كان أصل المطلب حقاً، ثم مما يلزم على هذا الوجه بطلان عقد الوكيل المكره إذا كان المالك راضياً، والالتزام به أيضاً مما لا مانع منه، فتدبّر.

٩٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ويؤيده فحوى صحة الفضولي** ...الخ)[٢].

أقول: إذا قلنا إنّ صحة الفضولي على خلاف القاعدة من جهة الأخبار الخاصة فلا وجه للأخذ بالفحوى المذكورة؛ إذ هي ليست ظنية، فضلاً عن كونها قطعية، مع أنّ الظن إذا سلمنا حصوله إنّما يثمر إذا كان من اللفظ، وليس في المقام كذلك.

نعم، إذا قلنا بكون صحة الفضولي على طبق القاعدة فكون عقد المكره كذلك أولى، لكن مع الاغماض عما يأتي من دلالة أدلة الاكراه على البطلان؛ وذلك لأنّ ظاهر الأدلة وجوب الوفاء بالنسبة إلى كل من عقد على ماله، وهو متحقق في الاكراه، فانّ المالك هو العاقد فيشمله قوله ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ أيّ بعقودكم الصادرة منكم، بخلاف الفضولي، فمقتضى القاعدة مع قطع النظر عن دليل الرضا، أو القول بأنّه لا يظهر منه اعتبار المقارنة، بل يكفي مطلقه لزوم بيع المكره، بخلاف الفضولي إذ ليس عقداً للمالك قبل الرضا ولا بعده؛ لأنّ مجرد الرضا المتأخر لا يجعل العقد عقداً للمالك.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٢٩.

فان قلت: لا فرق بينه وبين عقد الوكيل والولي.

قلت: بالاذن السابق يمكن اسناد الفعل إليه عرفاً؛ لأنَّ المأذون أو الولي آلة له، بخلاف الاذن اللاحق، هذا كله بناءً على ما هو التحقيق من أنَّ معنى قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ أوفوا بعقودكم.

وأما إذا كان معناه أوفوا بكل عقد صادر من كل أحد فهو أيضاً منصرف عن عقد الفضولي، بخلاف المكره حيث إنَّه صدر منه عقد مع القصد، غاية الأمر فقد طيب النفس فاذا لحقه تمَّ ، فتدبّر.

٩٩ ـ **قوله ﷺ: (خلاف المقطوع** ...الخ)[١].

أقول: بل قد عرفت أنَّ كلام الشهيد أيضاً كالصريح في خلافه، فانَّ مراده من النية الرضا، وكذا العلامة، فلا تغفل.

١٠٠ ـ **قوله ﷺ: (ضعف وجه التأمل** ...الخ)[٢].

أقول: بل في المستند[٣] الفتوى بعدم الصحة، وهو الحق لما يأتي من تمامية أدلة الاكراه في الدلالة على البطلان، والحكومة على الاطلاقات.

١٠١ ـ **قوله ﷺ: (ومنقطع غير مفرّغ** ...الخ)[٤].

أقول: ظاهر العبارة أنَّ المستثنىٰ المنقطع قد يكون مفرّغاً، ويكون حينئذٍ مفيداً للحصر، مع أنَّه إذا كان مفرّغاً يكون متصلاً لا منقطعاً، مثلاً إذا قال «ما جائني إلا حمار» يقدر المستثنى منه ما يشمل الحمار أيضاً؛ إذ لا داعي إلى تقدير لفظ القوم حينئذٍ، إلا أن يكون هناك قرينة على ذلك، لكن على هذا لا فرق بينه وبين غير المفرّغ في عدم إفادة الحصر؛ إذ المناط فيه الانقطاع لا التفريغ وعدمه كما هو واضح، هذا.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٠.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٠.
(٣) مستند الشيعة ١٤: ٢٦٧.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.

ويمكن أنْ يقال: إنّ القيد توضيحي لا احترازي، يعني أنّ المستثنىٰ منقطع وغير مفرّغ، يعني أنّ هذا القسم من المنقطع، وإنْ كان المناط مطلق الانقطاع، ويمكن على بعد بحسب العبارة وإنْ كان قريباً بحسب المطلب أنْ يكون المراد أنّ الاستثناء منقطع غير متصل مفرغ، يعني ليس بمتصل مفرغ، فلا يفيد الحصر، نعم لو جعل متصلاً مفرغاً أفاده.

ثم أقول: إنّ ما ذكره من عدم إفادة المستثنىٰ المنقطع للحصر مبني على أنْ يكون «إلا» فيه بمعنى لكن؛ ليكون بمنزلة جملتين مستقلتين، ويمكن منع ذلك بدعوى أنّ «إلا» فيه للاستثناء والاخراج، وأنّ المراد من القوم في قول «ما جائني القوم إلا حمار» القوم ومن يرتبط ويتعلق بهم، وعلى هذا فيكون جميع المنقطعات راجعة إلى المتصل في اللب، ويكون حينئذٍ أبلغ في إفادة الحصر كما لا يخفىٰ.

ويؤيد ما ذكرنا أنّه لو كانت «إلا» بمعنى لكن لجاز أنْ يقال «ما جائني زيد إلا عمرو» مع أنّ الظاهر عدم جوازه، وأيضاً الظاهر أنّه لا يستعمل المنقطع إلا فيما إذا كان المستثنىٰ مربوطاً بالمستثنىٰ منه، فلا يقال «ما جائني القوم إلا حماراً» إذا كان الحمار مما لا يتعلق بذلك القوم أصلاً.

والانصاف أنّ ما احتملنا قريب جداً، ولم أرَ من ذكره من النحويّين، لكن لم أراجع كلامهم، نعم راجعت ابن الناظم وكلامه كالصريح فيما ذكرت، حيث قال (وأما الاستثناء المنقطع فهو الاخراج بالّا أو غير أو بيد لما دخلت في حكم دلالة المفهوم...إلى أنْ قال: وقولي «في حكم دلالة» مخرج للاستثناء المتصل، فانّه اخراج لما دخل في حكم دلالة المنطوق، والاستثناء المنقطع أكثر ما يأتي مستثناه مفرداً وقد يأتي جملة.

وذكر من أمثله للمفرد قوله عزّ وجلّ ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ﴾[1] فانّه مخرج مما أفهمه ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من المؤاخذة على نكاح ما نكح الآباء، كأنّه قيل ولا تنحكوا ما نكح آباؤكم من النساء فتؤاخذون به إلا

---

(١) النساء، الآية: ٢٢.

ما قد سلف، ومنه قوله تعالى ﴿ ما لهم به من علم إلا اتباع الظن ﴾[١] أي ما لهم به من علم ولا غيره إلا اتباع الظن، وقوله تعالى ﴿ لا عاصم اليوم من أمر الله إلا من رحم ﴾[٢] أي لا عاصم لأحد إلا لمن رحمه الله، ومنه قوله «ما زاد إلا ما نقص» و «ما نفع إلا ما ضر» و «ما في الأرض أخبث منه إلا إيّاه» و «جاء الصالحون إلا الطالحين» فالمعنى ما عرض له عارض إلا النقص، وما أفاد شيئاً إلا ضرراً، وما يليق خبثه بأحد إلا إيّاه، وجاء الصالحون وغيرهم إلا الطالحين.

ومن أمثلة الجملة قولهم «والله لأفعلن كذا وكذا إلا حل ذلك أنْ أفعل كذا وكذا» تقدير الاخراج في هذا أنْ يجعل قوله لأفعلن بمنزلة لا أرى لهذا العقد مبطلاً إلا فعل كذا)[٣].

وعليك بمراجعة كتب النحو وموارد استعمال المستثنىٰ المنقطع في كلمات العرب فلعلك تظفر بمن يقول بذلك غير ابن الناظم أيضاً، أو لعلك تظفر على ما يحقق ما ذكرنا بملاحظة التزامهم بعدم الاستعمال إلا في موضع يكون المستثنىٰ من المرتبطات بالمستثنىٰ منه، فتدبّر.

ثم إنَّ كون الاستثناء في الآية منقطعاً إنّما هو إذا كان المراد من الباطل الباطل العرفي، فانَّ التجارة عن تراضٍ حينئذٍ ليس بباطل عرفاً، سواء جعل المستثنىٰ منه الباطل، أو الأمول المقيدة به، أو أكل الأموال المقيدة به.

ويمكن أنْ يقال: إنّه متصل، بدعوى أنَّ المراد به هو الباطل الشرعي، والغرض بيان كون كل أكل باطلاً إلا التجارة عن تراضٍ؛ فيكون المعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه؛ فانَّ كل وجه باطل إلا التجارة عن تراضٍ، فذكر الباطل لبيان علة الحكم، فهو نظير قولك «لا تعبد غير الله شركاً» فانّه في قوة قولك «لا تعبد غير الله فانّه شرك» وكقولك «لا تفعل كذا عبثاً» فانَّ المراد بيان عبثيته، أي لا تفعل فانّه عبث، وليس الغرض أنَّ هذا الفعل قد يكون عبثاً وقد لا يكون، بمعنى

---

(١) النساء، الآية: ١٥٧.
(٢) هود، الآية: ٤٣.
(٣) شرح الفية بن مالك: ١١٤.

أنّه يمكن اتيانه على الوجهين، والمأمور به هو الفرد الذي ليس بعبث؛ ليكون القيد احترازياً، وأشباه ذلك كثيرة.

ويؤيد ما ذكرنا أنّ ظهور الآية في الحصر مما لا يمكن انكاره، فهذا كاشف عن كون الاستثناء على الوجه الذي ذكرنا، فتدبّر.

١٠٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ودعوى وقوعه ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفىٰ أنّ ظاهر القيد الاحتراز وحمله على التوضيح وتنزيله على الغالب على خلاف القاعدة؛ فلا يبعد دعوى ظهور الاحترازية في المقام، فتدبّر.

١٠٣ ـ **قوله**ﷺ: **(وأما حديث الرفع ...الخ)**[٢].

أقول: لا يخفىٰ أنّ العمدة في المقام هو الجواب عن هذا، وإلا فالوجوه المقدمة كلها مخدوشة كما عرفت إلا آية التجارة، وهي أيضاً بناءً على إفادتها الحصر كما هو الظاهر غير نافعة، وكذا كل ما دلّ على اعتبار مقارنة الرضا؛ وذلك لما عرفت من أنّ المراد بالرضا المعتبر في المعاملات المعنى الموجود في بيع المكره أيضاً؛ لأنّ المراد هو الطيب العقلائي ولو كان مع الكراهة الطبيعية، لا الرضا الطبيعي الواقع في الرتبة الأولى، ولذا قلنا إنّ بطلان بيع المكره من جهة خصوص أخبار الاكراه، وإلا فبمقتضى القاعدة لا فرق بينه وبين بيع المضطر حسبما عرفت[٣] مفصلاً.

وحيئنذٍ فاللازم دفع الاشكال من جهة دلالة حديث الرفع وغيره على أنّ المعاملة الاكراهية لا يترتب عليها الأثر ولو مع الاجازة، والانصاف عدم تمامية ما ذكره المصنّف من الجوابين كما سيتضح.

ثم إنّ المصنّفﷺ لم يتعرّض للجواب عن النقض بالهازل، ولعله لوضوحه؛ من حيث إنّ عقد الهازل لا يعدُّ عقداً حقيقةً وإنْ كان قاصداً للانشاء؛ لأنّه عقد

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.
(٣) تعليقة ٤٩.

صوري، وإلا فالغرض ليس ايقاع المعاهدة والمعاقدة، نظير الاخبار الهزلي، مع أنّه على فرض الصدق لا ينصرف إليه الأدلة كما هو واضح، وهذا بخلاف بيع المكره، فتدبّر.

١٠٤ ـ **قوله**ﷺ: **(وهذا حق له لا عليه** ...الخ)[١].

أقول: *أولاً*: لا نسلّم اختصاص المرفوع بما عليه؛ لما عرفت من أنّه يكفي عدم تعلّق غرضه بايجاد المعاملة أو غيرها، ويكون ما أوقعه مما هو مكروه له بحكم العدم، وإذا كانت بحكم العدم فلا فرق.

وثانياً: لو سلّمنا ذلك فانّما يتم في الحق الذي كان ثابتاً لولا الاكراه؛ حتى يصح أنْ يقال ببقائه بعد ارتفاع غيره من الآثار التي عليه لا له.

والحق فيما نحن فيه ليس كذلك؛ إذ لم يكن ثابتاً لولا الاكراه؛ إذ ليس من آثار العقد مع قطع النظر عن الاكراه الموقوف على الاجازة ليقال إنّ الحديث لا يدل على رفعه، فتدبّر.

١٠٥ ـ **قوله**ﷺ: **(وهذا إلزام لغيره** ...الخ)[٢].

أقول: يمكن منع اختصاص المرفوع بالآثار المتعلقة بالمكره، بل المرفوع مطلق الآثار، ألا ترى أنّه لو فرض تعلّق تكليف بالغير على فرض ايجاد شخص لفعل ففعله عن اكراه لا يترتب عليه ذلك التكليف وإنْ كان متعلقاً بغيره.

والحاصل: أنّ المرفوع مطلق آثار الفعل، من غير فرق بين ما يتعلّق بالفاعل وبغيره، فتدبّر.

١٠٦ ـ **قوله**ﷺ: **(فهو من توابع** ...الخ)[٣].

أقول: هذا حسن متين بناءً على اختصاص المرفوع بغير ما له من الحق.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٣١.

١٠٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وكذلك على القول بالكشف** ...الخ)[١].

أقول: وذلك لأنّه وإنْ كان يمكن أنْ يقال إنّ التأثير إذا كان من حين العقد يلزم كون العقد المكره عليه مؤثراً بالنسبة إلى النقل والانتقال ـ الذي هو أثر على المكره ـ إلا أنّه لما كان بعد تحقق الرضا بشرطه فلا يكون إلا للمجموع، غاية الأمر أنّ أثر الرضا تقدّم عليه؛ لكونه من الشرط المتأخر.

نعم، لو كان من باب الكشف الحقيقي، بحيث لم يكن للرضا دخل في النقل أصلاً ـ بل كان كاشفاً محضاً ـ كان الاشكال وارداً، ولكنه ليس كذلك قطعاً.

١٠٨ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنّ أثر العقد الصادر** ...الخ)[٢].

أقول: حاصله أنّ ما كان من الأثر ثابتاً للعقد لولا الاكراه مرفوع بحكم الحديث، وهو النقل والانتقال وغيره لم يكن متحققاً لولاه ليرتفع به، بل إنّما يأتي من قبل تبدّل العقد إلى عقد آخر، يكون هذا العقد الواقع جزءً له، وهو المجموع من هذا العقد والرضا اللاحق، فالمرتفع هو التأثير التام، والباقي هو التأثير الناقص، وهذا إنّما يتحقق بعد الاكراه وبوصفه ولم يكن ثابتاً قبل ذلك؛ لأنّ العقد لم يكن جزءً لولا الاكراه، بل كان تمام السبب، وإنّما يصير جزءً بشرط تحقق الاكراه، ومثل هذا لا يمكن رفعه، إما لأنّه لم يكن ثابتاً، وإما لما ذكره المصنّفﷺ من كونه بشرط الاكراه، وقد تقرر في محله أنّ المرفوع من المذكورات في الحديث ما كان ثابتاً للفعل من حيث هو مع قطع النظر عن أحد هذه الأوصاف وأضدادها، ففي النسيان المرفوع ما كان ثابتاً لا بقيد الذكر ولا النسيان، وأما ما كان بقيد الذكر أو بقيد النسيان فلا يكون مرفوعاً بهذا الحديث، وكذا فيما استكرهوا عليه، ما كان بقيد الرضا أو كان بقيد الاكراه لا يكون مرفوعاً، هذا.

ولكن هذا البيان إنّما يتم على مختارنا من كون العقد الاكراهي عقداً تاماً واجداً لجميع الشرائط حتى الرضا في الرتبة الثانية، الذي هو الشرط في الصحة، وأنّ

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٢.

البطلان إنّما يجيء من جهة أخبار الاكراه تعبداً، لا من جهة فقد الشرط ـ الذي هو الرضا ـ؛ إذ حينئذٍ يمكن دعوى أنّ العقد الواقع كان سبباً مستقلاً لولا الاكراه، وهذه السببية مرتفعة بحكم الحديث، والجزئية للعقد الآخر لم تكن ثابتة من الأول لولا الاكراه حتى ترتفع به.

وأما على مختار المصنّفﷺ من كونه فاقداً للشرط ـ وهو الرضا ـ فلا يمكن أنْ يقال إنّه لولا الاكراه كان سبباً مستقلاً، فانّ السبب حينئذٍ هو المجموع منه ومن الرضا، ولولا الاكراه كان التأثير مستنداً إلى العقد والرضا، غايته أنّ الاكراه مانع عن وجود الشرط، ومع فرض عدمه يوجد الشرط، وإلا فلا يكون التأثير إلا للمجموع، فلا يصح أنْ يقال إنّ أثر العقد الواقع كان هو التأثير التام لولا الاكراه، والمصنّف معترف بذلك بعد ذلك، فلعله في هذا المقام أغمض عن إعتبار الرضا وتكلّم على فرض عدم تقيد الاطلاقات به.

وكيف كان فيرد عليه أنّ ثبوت الجزئية له بوصف الاكراه إنْ أريد به ثبوتها شرعاً فعلاً فهو ممنوع، وإنْ أريد به ثبوتها شأناً ـ بمعنى امكان أنْ يجعله جزءً لعقد آخر ـ فهو غير نافع، والجزئية العقلية غير كافية؛ لأنّ حاصلها أنّه لو ضم إليه الرضا يكون المجموع مشتملاً على الجزئين، ومركباً منه ومن الرضا، لكن مجرد هذا لا ينفع في الصحة، إذ مع فرض البطلان أيضاً يصح أنْ يقال إنّ العقد جزء المجموع منه ومن الرضا.

والحاصل: أنّ الذي لا يمكن ارتفاعه كون هذا العقد جزءً من مجموع، هو هذا والرضا، لكن هذا المجموع مؤثر أو لا فلم يثبت بهذا، وما ذكر من أنّ حديث الرفع لا يرفع الآثار الثابتة بقيد الاكراه إنّما هو فيما لو جعل الشارع الاكراه أو الفعل المقيد به موضوعاً لحكم، كأنْ يقول «إنْ أتي بفعل كذا مكرهاً فكذا» وليس المقام كذلك، وإنّما هو مجرد اعتبار عقلي من عند أنفسنا. وإلا فليس في لسان الشارع من هذا عين ولا أثر.

١٠٩ ـ **قوله**ﷺ: **(لكن يرد ...الخ)**[1].

أقول: هذا الايراد مما لا مدفع له كما سيظهر.

١١٠ ـ **قوله**ﷺ: **(ومع ذلك فلا حكومة ...الخ)**[2].

أقول: هذا ممنوع؛ إذ المفروض أنَّ مفاد حديث الاكراه اعتبار سبق الرضا، فهو مقيِّد آخر للاطلاقات، مع أنَّ لازم ما ذكره المصنّف عدم امكان التمسك به في شيء من المعاملات في شيء من المقامات.

والحاصل: أنَّ مفاده اعتبار كون الفعل صادراً لا عن اكراه، ولازمه اعتبار سبق الرضا، فيكون لا معه مرفوع الأثر الذي كان يترتب عليه لولاه، وهو التأثير بشرط ضم الجزء الآخر ـ الذي هو الرضا ـ، وهذا الأثر أثر شرعي قابل للرفع، ولا يلزم أنْ يكون الأثر المرفوع الأثر التام، فقوله (إلا أنْ يقال...الخ) في محله.

وما ذكره في الجواب في ذيل قوله (وكيف كان فذات العقد ...الخ) من أنَّ كونه جزءً للمؤثر التام أمر عقلي قهري فيه ما عرفت من أنَّ غاية ذلك امكان جعله جزءً للمؤثر التام، ومجرد هذا لا يكفي بعد عدم الدليل، بل الدليل على العدم من جهة أنَّ المفروض أنَّ مقتضى الحديث رفع أثر الجزئية عنه، وهو التأثير على فرض لحوق الرضا.

والحاصل: أنَّ العقد الواقع جزء من المجموع ـ الذي هو المؤثر في النقل ـ فهو مؤثر في النقل بشرط لحوق الجزء الآخر، وهذا الأثر ثابت له لولا الاكراه، وأما معه فهو مرفوع بحكم الحديث، فاذا لحقه الرضا لا يترتب عليه ذلك، وحينئذٍ فيكون محصل الجزئية العقلية الغير القابلة للرفع هو كونه جزءً للمجموع، هو باطل لغو؛ وذلك كما إذا أتى بجزء من الصلاة رياءً مثلاً، فانَّ أثر الجزئية يرتفع عنه بعد وجود ما دلَّ على بطلان الفعل الريائي، فلو لحقه الاجزاء الأخر لا يترتب عليه أثر.

نعم، إذ أتى ببقية الاجزاء يصير هذا جزء من المجموع، وهو الصلاة، لكن مع

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٣.

الاتصاف باللغوية والباطلية، وهذه الجزئية غير قابلة للرفع؛ إذ هي وجدانية، ولعله إلى ذلك أشار بقوله «فتأمل».

١١١ ـ **قوله**ﷺ: **(ليس النقل من حينه ...الخ)**[١].

أقول: وذلك لما اشتهر من أنّ الانشاءات مجردة عن الزمان، لكن فيه منع واضح؛ ولذا ذهب جماعة إلى أنّ الأمر للفور، بل الكل على أنّ النهي للفور، بل القائلون بالتراخي في الأمر أيضاً قائلون بأنّه يدل على وجوب الاتيان من حين الصدور مع جواز تأخيره فيأخذون الزمان فيه، وفي البيع ونحوه أيضاً الظاهر إرادة زمان الحال إلا أن يقيد بخلافه.

١١٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ولذلك كان الحكم بتحقق ...الخ)**[٢].

أقول: أما القبض فالفرق بينه وبين الاجازة واضح، وأما القبول فيمكن الالتزام فيه بالنقل من حين الايجاب، إلا أنْ يكون اجماع على خلافه، ونحن لا نقول إنّه لا يمكن القول بالنقل لدليل أيضاً، هذا مع أنّه يمكن دعوى أنّ القبول أيضاً ليس من قبيل الاجازة؛ إذ هو رضاً بمضمون الايجاب، بخلاف الاجازة فانّها انفاذ للعقد السابق، ومعنى الانفاذ امضاؤه على ما هو عليه، فليست الاجازة مجرد الرضا بمضمون العقد كما في القبول، فما ذكره في قوله (فانْ قلت: حكم الشارع ...الخ) صحيح.

وما أجاب به عنه (من أنّ المراد هو الملك شرعاً ...الخ) فيه أنّ الملك الشرعي تابع لمقتضى العقد الواقع، وإذاكان مقتضاه الملكية من حينه، والمفروض رضاؤه على هذا الوجه، والشارع أيضاً حكم بصحة هذا الامضاء، فلازمه هو الكشف وحصول النقل من حينه، لا من حين الحكم بالصحة، نعم الكشف الحقيقي ـ بمعنى عدم مدخلية الرضا وكونه كاشفاً محضاً ـ باطل ولا نقول به.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٥.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٦.

١١٣ ـ **قوله**ﷺ: (**فلاحظ مقتضى فسخ** ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ الفسخ ليس مثل الاجازة، بل هو مماثل للرضا بالمضمون، فمماثل الاجازة إنَّما هو ردٌّ العقد من أصله، فتحصل أنَّ الاجازة كالرد، والفسخ كالقبول والرضا بالمضمون، فكون الفسخ مؤثراً من حينه لا يكون دليلاً على كون الاجازة كذلك، فتدبّر.

١١٤ ـ **قوله**ﷺ: (**هل للطرف الغير المكره** ...الخ)[٢].

أقول: التحقيق أنَّ له ذلك هنا وفي الفضولي؛ لأنَّ المفروض عدم تمامية العقد، فلا مانع من رفع اليد عنه بالنسبة إليه أيضاً، وسيأتي تمام الكلام في الفضولي إن شاء الله.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٦.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٦.

❑ الشرط الثالث: إذن السيد إذا كان العاقد عبداً

١١٥ ـ **قوله**ﷺ: **(فلا يجوز للمملوك أنْ يوقع ...الخ)**[١].

أقول: لا بأس بالاشارة الاجمالية أولاً إلى حكم تصرفات العبد من دون إذن المولى من حيث التكليف، وإنْ كان خارجاً عن محل الكلام، وأنَّ مثل تصرفه في لسانه بايقاع العقد أو غيره هل هو حرام أم لا ؟ وقد أشار إليه المصنّف فيما سيأتي فنقول:

لا شك في أنَّ مقتضى الأصل الأولي عدم وجوب استيذان المولى في شيء من أفعاله، بل ثبوت جميع الأحكام الثابتة في حق الأحرار في حقه؛ وذلك للاطلاقات والعمومات إلا فيما قيد في موضوعة بالحرية.

لكن قد يقال: إنَّ هذا الأصل انقلب إلى أصل ثانوي، وهو وجوب كون أفعاله من حركاته وسكناته باذن المولى إلا ما خرج بالدليل، مثل التكاليف البدنية الالزامية كالصلاة والصوم ونحوهما، فليس له الاتيان بالمستحبات والمباحات حتى مثل حركة اليد إلا باذن المولى ورضاه.

وقد يقال: بعدم وجوب الاستيذان في الافعال الجزئية، إلا أنّه يجب عليه طاعة المولى إذا نهى أو أمر؛ فلا فرق بين التصرف الذي هو منافٍ لحقوق المولى وغيره، بمعنى أنَّ حقه عام، فله أنْ يمنعه عن كل شيء وإنْ لم ينافِ حق الخدمة ولم يكن مما يتضرر به المولى، ويجب عليه طاعته في كل ما أمر كذلك.

والحاصل: أنّه يجب عليه أنْ يكون جميع حركاته وسكناته فيما عدا الواجبات والمحرمات باذن المولى؛ وذلك لعموم الآية الدالة على أنّه لا يقدر على شيء،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٧.

وهو كلٌ على مولاه، ولأنّه مقتضى مملوكيته ببدنه؛ ولأنّه مقتضى وجوب طاعته للسيد المعلوم بالاجماع والاخبار.

قلت: الانصاف عدم دلالة الأدلة المذكورة على أزيد من وجوب طاعته في الأمور الراجعة إلى المولى من جهة التعلق بالمالية والملكية من الخدمات وسائر الانتفاعات، فعلى هذا ليس له منعه من المستحبات الغير المنافية لحقه إلا ما خرج بالدليل، من مثل الصوم المندوب، حيث إنّ المشهور على عدم جوازه إلا باذنه، لخبر هشام بن الحكم عن الصادقعليه‌السلام قال: (قال رسول اللهصلى‌الله‌عليه‌وآله: ـ في ضمن حديث ـ ومن صلاح العبد وطاعته أنْ لا يصوم تطوعاً إلا باذن مولاه وأمره، وإلا كان فاسقاً)[1]، مع امكان أنْ يقال إنّ الصوم منافٍ لحق المولى نوعاً، وكذا ليس له منعه من المباحات الغير المنافية، خصوصاً الأمور الجزئية التي عليها السيرة، هذا.

مع امكان الخدشة في دلالة الآية *أولاً*: بمنع كون المراد من عدم القدرة الأعم من عدم الرخصة التكليفية، بل القدر المعلوم منها عدم القدرة الوضعية، بمعنى عدم نفوذ التصرفات المتعلقة بالمعاملات.

وثانياً: المنع من ذلك أيضاً لاحتمال كون القيد احترازياً لا توضيحياً، فعلى هذا لا يصح الاستدلال بها على عدم نفوذ العقود والايقاعات أيضاً.

وثالثاً: أنّ الشيء منصرف عن مثل هذه الافعال التي لا تعلق لها بحقوق المولى.

ورابعاً: أنّ الآية ليست بصدد اعطاء القاعدة، بل إنّما هي في مقام ضرب المثل للكفار بالنسبة إلى عبادة الأصنام، وأنّها غير قابلة للعبادة لعدم كونها منشأً لأثر من الآثار، وأنّها مخلوقات لله.

ومع هذا لا يمكن أنْ يكون بصدد بيان الجعل الشرعي، فانّ الكفار لم يكونوا معتقدين بالشرع ليقال لهم إنّ العبد لا يقدر على التصرفات شرعاً، أو يجب عليه طاعة المولى شرعاً، فالغرض بيان أنّ حال الأصنام حال عبيدكم الذين لا يقدرون عندكم على شيء، وأنّهم ليسوا كالأحرار الذين رزقناهم رزقاً حسناً ينفقون منه

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب الصوم المحرم والمكروه، ح ٢.

سراً وجهراً، هذا مع قطع النظر عن استدلال الامامعليه السلام بها في رواية زرارة المذكورة.

وأما معها فيجوز الاستدلال بها لكشفها عن كونها في مقام الجعل واعطاء القاعدة.

إلا أنّ الانصاف أنّ القدر المتيقن منها إرادة عدم نفوذ التصرفات المتعلقة بالمولى، كتصرفه في نفسه أو فيما في يده، لا الأحكام التكليفية مطلقاً، ولا التصرفات الغير الراجعة إلى المولى، فلا يستفاد منها عدم صحة بيعه للغير باذنه أو فضولاً مع اجازته، بل ولا مثل النذر والحلف ونحوهما إذا كانا غير منافيين لحق المولى، وحيئذٍ فالنص الوارد فيهما من قوله (لا يمين لمملوك)[١] أو (لا نذر لمملوك)[٢] محمول على ما إذا تعلقا بما ينافي حق المولى، أو هو من باب التعبّد.

وكيف كان فلا دليل على الكلية المذكورة من حرمة أفعاله إلا باذن المولى، أو كون نهيه مانعاً، وأدلة وجوب الطاعة أيضاً لا يستفاد منها أزيد مما يتعلّق بحقوقه، فتدبّر.

١١٦ ـ **قوله**قدس سره: **(وسواء كان لنفسه في ذمته** ...الخ)[٣].

أقول: قد عرفت آنفاً الاشكال في عدم نفوذ تصرفاته بما لا ينافي حق المولى، كأنْ يتوكل عن غيره في مجرد اجراء الصيغة، أو يضمن عن شخص بشرط أنْ يوفيه بعد عتقه ونحو ذلك.

ففي الجواهر؛ بعد الحكم بكون تصرفاته بغير إذن المولى بمثل إجارة نفسه وبيعه ما في يده ونحو ذلك داخلة تحت الفضولي؛ حتى لو قلنا بحرمة مباشرته العقد من دون إذن سيده من حيث كونه تصرفاً في لسانه المملوك له؛ قال (ومنه ينقدح صحة عقد العبد للغير حتى مع نهي السيد له، فضلاً عن الوقوع بغير إذن؛ إذ

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب ما يحرم بالرضاع، ح ١ وفيه (ولا يمين للولد ولا للملوك مع مولاه).

(٢) لم أجد رواية بهذا النص .

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٧.

أقصاه الاثم في التلفظ بذلك، وهو لا يقتضي الفساد بالنسبة إلى ترتب الأثر، لكن لا يخلو من تأمل، وعلى تقديره لا يثمر في صحته الاجازة كما هو واضح.

ثم تأمل في منعه من التصرف في ذمته التي يتبع بها بعد العتق مثل الضمان التبرعي ونحوه.

ثم نقل عن التذكرة جواز الضمان من دون إذن السيد، وقال: لكن يقوى في النظر المنع لظاهر الفتاوى وغيره.

ثم قال: نعم قد يقال بصحة عقد الصلح الذي يقوم مقام العارية له بناءً على صحتها له من دون إذنه كما هو الظاهر، بل قد يقال بجواز الاباحة المضمونة بالتلف له للأصل السالم بلا معارض، وليس ذلك قدرة للعبد، بل قدرة للحر على ماله)[١] انتهىٰ.

وعن التذكرة[٢] في باب الوكالة جواز توكيله بغير إذن السيد في الاشياء القليلة إذا لم يمنع شيئاً من حقوقه، وفي الجواهر في ذلك الباب (قد يقال بترتب الأثر على عقده وإنّ بطلت وكالته، بل لعله كذلك حتى مع نهي السيد، فانّ أقصىٰ ذلك ترتب الاثم لا الفساد)[٣].

والغرض من هذا كله أنّ العموم المذكور في المتن ليس من المسلمات، بل لا دليل على أزيد مما ذكرنا؛ إذ العمدة هو الآية والرواية ولا يخفىٰ انصرافهما إلى التصرفات المنافية لحق المولى، فتدبّر.

١١٧ ـ **قوله**ﷺ: (**وكيف وأفعال العبيد** ...الخ)[٤].

أقول: فانّ اتلافاتهم موجبة للضمان، وكذا جناياتهم ونحو ذلك من الاحداث والطهارات وغيرها.

---

(١) جواهر الكلام ٢٥: ٧٠.

(٢) التذكرة ٢: ١١٧، حكاه عنه جواهر الكلام ٢٧: ٣٩٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٩٦.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٨.

١١٨ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنَّ المنع فيه ليس من جهة ...الخ)**[1].

أقول: يعني أنَّ جهة المنع المشتركة ـ بين ما إذا كان العقد واقعاً على مال المولى أو مال غيره، أو على ما في ذمته ـ هي ما ليس براجع إلى العوضين، وإلا فاذا كان على مال المولى أو على رقبته فهي راجعة إلى العوضين أيضاً، لكن من هذه الحيثية يدخل تحت الفضولي المصطلح، هذا.

ولكن الانصاف عدم الفرق بين المقام وبين المكره والفضولي، خصوصاً إذا عممنا الفضولي إلى مثل عقد الرهن على ماله بدون إذن المرتهن، فلا وقع للاشكال أصلاً؛ وذلك لأنَّه كما أنَّ في المكره والفضولي يكون التصرف بلا إذن من المالك أو رضا منه ـ فيكون المفقود ما يكون شرطاً في نفوذ التصرف ـ فكذا في المقام يعتبر أنْ يكون تصرف العبد لا على وجه الاستقلال، فالمفقود هو هذا الشرط، وهو معتبر في التصرف؛ لأنَّ معنى عدم قدرته على التصرف، ولا على الانشاء ـ بما هو انشاء ـ.

وإلا فيمكن أنْ يقال في المكره أيضاً يعتبر أنْ يكون الانشاء مقروناً بالرضا، وفي الفضولي يعتبر أنْ يكون الانشاء مقروناً باذن المالك، وبالاجازة لا يتغيّر عما وقع عليه.

والحاصل: أنَّه يمكن أنْ يقال لا نسلّم أنَّه يعتبر أنْ يكون الاجازة راجعة إلى مضمون العقد، وعلى فرضه لا نسلّم أنَّ في المقام ليس كذلك، فانَّ كون المضمون منوطاً برضا الغير لا يستلزم كونه متعلقاً بذلك الغير، بل يجوز أنْ يكون المضمون الذي لواحد منوطاً برضا شخص آخر، فاذا وقع لا برضاه يكون موقوفاً على الاجازة منه، فبيع العبد لمال الغير باذنه يكون منوطاً برضا مولاه بوقوع هذا البيع، فكون السيد أجنبياً عن العوضين لا يستلزم رجوع المنع إلى الانشاء ـ بما هو انشاء ـ بل هو راجع إلى المضمون من حيث وقوعه في الخارج على وجه استقلال العبد، وبالاجازة يخرج عن كونه على وجه الاستقلال، وأما الانشاء فلا

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٨.

يتغير عما وقع عليه في شيء من المقامات.

وبالجملة: فالمانع استقلال العبد في التصرف، لا في الانشاء ـ بما هو انشاء ـ؛ حتى يقال لا يمكن تغييره، وهذا واضح جداً.

١١٩ ـ **قوله**ﷺ: **(والمخصص إنَّما دلَّ** ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ الاشكال السابق إنْ كان اشكالاً لا يندفع بهذا الجواب؛ لأنَّ المفروض أنَّ لسان المخصص أنَّ العقد الواقع على وجه استقلال العبد غير صحيح؛ حيث دلَّ على عدم قدرته على شيء، فلا يكون قادراً على الانشاء إذا كان واقعاً على وجه الاستقلال، والمفروض أنَّ الاجازة لا تغيره عما وقع عليه، فيكف يكفي مع بقائه بعد على وصف الاستقلال ؟!

فيظهر من هذا أنَّ المناط عدم وقوع التصرف ـ بما هو تصرف بيعي أو صلحي أو نحو ذلك ـ على وجه الاستقلال، وبالاجازة يصدق أنَّه وقع لا على وجهه؛ لأنَّ المفروض أنَّ المؤثر مجموع العقد والاجازة كما في الفضولي، فمعنى قوله تعالى ﴿ لا يقدر على شيء ﴾ أنَّ الشيء لا يقع بقدرته فقط، وإذا حصلت الاجازة وقلنا بالصحة فقد وقع بالمجموع من قدرته وقدرة المولى، فالتحقيق عدم ورود الاشكال من الأصل، وعدم الفرق بينه وبين الفضولي كما عرفت.

١٢٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فانَّ جواز النكاح** ...الخ)[٢].

أقول: يعني لما ثبت من الخارج أنَّ في النكاح يصح لحوق الاجازة من جهة الأخبار الخاصة نستكشف أنَّ المراد من الاذن في الصحيحة الأعم من السابق واللاحق.

ودعوى أنَّ في الطلاق أيضاً ثبت عدم الصحة بالاجازة فلا يمكن إرادة الأعم منها مدفوعة بأنَّ الطلاق خرج بالدليل، ودعوى أنَّه يلزم حينئذٍ تأخير البيان مدفوعة بأنَّ المقصود لم يكن بيان تمام الخصوصيات في حكم الطلاق، بل مجرد

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.

أنّه يبطل إذا لم يكن إذن من السيد أصلاً، وأما أنّه لو كان الاذن اللاحق موجوداً يكفي أو لا فليس المقام مقام بيانه.

قلت: يمكن أنْ يعكس الأمر ويقال لما كانت الصحيحة مشتملة على الطلاق ـ الذي لا يصح بلحوق الاجازة ـ نستكشف أنَّ المراد من الاذن فيها خصوص الاذن السابق، وأما صحة النكاح بالاجازة فمن الدليل الخارج، ولا يلزم تأخير البيان؛ لأنه كان بصدد حكمه في الجملة لا مطلقاً.

والتحقيق: أنَّ الصحيحة ساكتة عن حكم لحوق الاجازة، بل المستفاد منه أنَّ العقد بلا إذن باطل، والقدر المتيقن منها بلا إذن مطلقاً، لا سابقاً ولا لاحقاً، فلا ينافي الدليل الخارج على أحد الأمرين كما في النكاح والطلاق؛ حيث دلَّ الدليل على صحة الأول بالاجازة، وعدم صحة الثاني بها.

١٢١ ـ **قوله**ﷺ: **(كما يرشد التعبير ...الخ)**[١].

أقول: يعني يرشد التعبير المذكور إلى أنَّ الكلام مسوق لبيان ...الخ، وذلك لأنَّ الظاهر منه أنَّ محط نظر السائل أنَّ العبد هل هو مستقل في الطلاق؛ بحيث لا يحتاج إلى المولى أصلاً أو لا، فيكشف هذا عن أنَّ محط النظر في أصل المطلب أيضاً هو هذا.

قلت: هذا مؤيد لما ذكرنا من أنَّ المستفاد منها الحكم في الجملة، فتدبّر.

١٢٢ ـ **قوله**ﷺ: **(بل يدل عليه ما ورد ...الخ)**[٢].

أقول: في موثقة زرارة عن أبي جعفرعليه السلام (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده ؟ فقال عليه السلام: ذاك إلى سيده إنْ شاء أجازه وإنْ شاء فرّق بينهما. قلت: أصلحك الله إنَّ الحكم بن عيينة وابرهيم النخعي وأصحابهما يقولون إنَّ أصل النكاح فاسد، ولا تحلله إجازة السيد ؟ فقال عليه السلام: إنّه لم يعصِ الله، وإنّما عصىٰ سيده فاذا أجازه فهو

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.

جائز له)[١].

وفي خبره الآخر عنهعليه السلام أيضاً (سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثم اطلع على ذلك مولاه ؟ فقالعليه السلام: ذلك إلى مولاه إنْ شاء فرّق بينهما، وإنْ شاء أجاز نكاحهما، فانْ فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أنْ يكون اعتدىٰ فأصدقها صداقاً كثيراً، فانْ أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول. فقلت لأبي جعفرعليه السلام: فانّه في أصل النكاح كان عاصياً، فقالعليه السلام: إنّما أتى شيئاً حلالاً، وليس بعاصٍ لله، وإنّما عصىٰ سيده ولم يعصِ الله، إنّ ذلك ليس كاتيانه ما حرم الله عليه من نكاح في عدة واشباهه)[٢].

١٢٣ ـ **قولهرحمه الله: (بتقريب أنّ** ...الخ)[٣].

أقول: يعني وإذا كان في النكاح كذلك فيلحق به البيع ونحوه بالفحوى.

١٢٤ ـ **قولهرحمه الله: (مع أنّ تعليل** ...الخ)[٤].

أقول: على هذا فلا يحتاج في شمول صورة كون عقد النكاح صادراً منه لا من غيره بوكالة ونحوه إلى ترك الاستفصال، كما أنّه لا يحتاج في الحاق البيع إلى الفحوى، فانّ عموم العلة كافٍ في المقامين، ولعل المصنّف إلى هذا الوجه نظر؛ حيث قال (بل يدل) وإلى الأول نظر في جعله مؤيداً، فانّ الفحوى ظنية لا تصلح للاستدلال بها.

١٢٥ ـ **قولهرحمه الله: (لعدم تصور رضا الله** ...الخ)[٥].

أقول: الأولى أنْ يقال إنّ رضا الله مفروض العدم، بخلاف رضا السيد، وإلا فالاجازة من الله أيضاً معقولة وإنْ كانت المعصية الواقعة لا ترتفع بذلك، فانّ معصية السيد أيضاً ـ بما هي معصيته ـ لا ترتفع بها، وإنّما يرتفع أثرها، وهو معقول

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٢.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٣٩.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٠.

بالنسبة إلى الله، فحاصل المراد من الخبر أنَّه لم يعصِ الله في أصل النكاح حتى تحتاج الصحة إلى إجازة الله المفروض عدمها، بل إنَّما عصى سيده فيه، فهو محتاج إلى إجازته.

ويظهر منه حينئذٍ أنَّ النهي المتعلق بأصل المعاملة موجب للفساد، بخلاف النهي المتعلق بعنوان آخر متحد معها كما في المقام، فانَّ مخالفة السيد محرمة فالمعاملة محرمة من حيث إنَّها مخالفة للسيد، لا من حيث إنَّها معاملة.

نعم، المعاملة منهي عنها بنهي السيد، فنهيه متعلق بنفس المعاملة، إلا أنَّ نهي الله الآتي من جهة نهيه متعلق بها من حيث إنَّها مخالفة للسيد، ومقتضى التعليل المذكور أنَّ هذا النهي من الله لا يقتضي الفساد، وأما نهي السيد فمقتضاه كون الأمر بيده.

فان قلت: المستفاد منه أنَّ معصية الله موجبة للفساد إلا إذا كانت تابعة لمعصية السيد، فالنهي المتعلق بالمعاملة إذا لم يكن تابعاً يقتضي الفساد وإنْ كان بعنوان آخر متحد معها كمخالفة النذر أو نحو ذلك، كالنهي المتعلق بالبيع من حيث إنَّه تفويت للجمعة.

وبالجملة: ليس المدار على ما ذكرت من الفرق بين ما كان متعلقاً بنفس المعاملة أو بعنوان آخر، بل المدار على نهي الله تعالى أو لا، أو تبعاً لنهي الغير.

قلت: الظاهر أنَّ مناط عدم الفساد في النهي التبعي هو عدم تعلّقه بذات المعاملة من حيث هي، لا لأنَّه تابع لنهي السيد، وهذا المناط موجود في مطلق ما كان متعلقاً بعنوان آخر، ويكشف عن ذلك قوله عليه السلام (إنَّ ذلك ليس كاتيانه ما حرمه الله عليه من نكاح في عدة واشباهه).

١٢٦ ـ قوله ﷺ: (وإنْ لم يسبقه إذن ولم يلحقه ...الخ)[١].

أقول: الظاهر أنَّ مراده ذلك في خصوص ما إذا كانت المعاملة واقعة على غير مال المولى وما يتعلق به، كقوله (كبيعه للغير باذنه أو فضولاً) وإلا فكيف يمكن أنْ

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٠.

يقال بالصحة في مثل البيع لما في يده، أو النكاح الذي هو مورد الروايات، مع عدم الحاجة إلى الاذن لا سابقاً ولا لاحقاً، مع أنّها صريحة في خلافه.

ويمكن أنْ يكون مراد ذلك البعض أنّ هذه الروايات تدل على الصحة من حيث النهي وعدم الحاجة من أجله إلى الاجازة، وإنْ كانت محتاجة إليها من جهة اشتراط إذن المولى، فالمقصود أنّها لا تدل على كون مثل هذا النهي الآتي من قبل معصية السيد موجباً للفساد، بل تدل على عدمه من هذه الجهة.

وحينئذٍ فيمكن أنْ يكون المراد من ذلك البعض صاحب الجواهر، فانّه صرح في غير موضع[1] أنّ عقد العبد لغير المولى وإنْ كان حراماً من حيث إنّه تصرف في لسانه الذي هو ملك للمولى إلا أنّه صحيح، ولا يحتاج إلى إجازة المولى.

وذكر في باب النكاح ما حاصله (أنّ التعليل المذكور صريح فيما اخترناه في الأصول من كون النهي المتعلق بذات المعاملة أو وصفها اللازم يقتضي الفساد، دون المتعلق بعنوان آخر متحد معها، وذلك لأنّ عصيان السيد يستلزم عصيان الله؛ لأنّ طاعته واجبة عليه، فلا يصح نفي المعصية مطلقاً، فيكون المراد حينئذٍ من المعصية المنفية معصية خاصة، وهي المعصية في أصل النكاح، فانّه ليس بمنهي عنه من الشارع بالنسبة إلى العبد؛ إذ ليس كاتيانه ما حرم الله من النكاح في العدة، ومقتضاه أنّ الموجب للفساد هو هذه المعصية، لا ما هو خارج عن النكاح، كمخالفة السيد فيما نحن فيه.

لا يقال: إنّ ذلك يقتضي الصحة وإنْ لم تحصل الاجازة، وهو معلوم البطلان.

لانا نقول: عدم الصحة مع فقد الاجازة ليس للتحريم، بل لاشتراط رضا المولى في صحة النكاح وإنْ كان متأخراً، فمع حصوله لم يبقَ إلا عصيانه في فعله ذلك، وقد عرفت أنّه لا يقتضي الفساد، فيصح العقد حينئذٍ لوجود المقتضي وارتفاع المانع)[2] انتهىٰ.

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧١، و ٢٥: ٧٠.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٠٧.

قلت: فحصل لك مما ذكرنا في معنى التعليل المذكور في الروايات معنيان:

أحدهما: ما للمصنف.

والثاني: ما لصاحب الجواهر.

والفرق بينهما بعد اشتراكهما في كون المراد من المعصية في الموضعين ظاهرها، وهو مخالفة الأمر والنهي، وفي كون النهي المتعلق بذات المعاملة من حيث إنّها معاملة مقتضياً للفساد، دون ما تعلق بها من حيث اتحادها مع أمر آخر؛ أنّ مقتضى ما ذكره صاحب الجواهر أنّ مع عدم تعلّق النهي بذات المعاملة لا مقتضي للفساد إلا إذا ثبت كون الاذن شرطاً في الصحة، فحينئذٍ لا بدّ من تحققه سابقاً أو لاحقاً لذلك، لا للنهي، ففي مثل البيع للغير الذي ليس للمولى فيه حظ إلا المنع من ايقاعه لا يتوقف على إذنه وإجازته، ولا يضر معصيته أيضاً.

ومقتضى بيان المصنّف أنّ نهي السيد أيضاً يقتضي الفساد، إلا أنّه لمكان ارتفاعه بالاذن اللاحق لا يبقى أثره، ويكون الحاصل أنّ مخالفة السيد تقتضي الفساد إذا لم يرتفع أثرها بالاجازة.

ويرد على صاحب الجواهر أنّ ظاهر الخبر أنّ التوقف على الاجازة إنّما هو من جهة العصيان، لا من جهة اشتراط الاذن بدليل آخر، وحينئذٍ نفي العقد للغير أيضاً لما كان النهي من المولى متحققاً ـ حيث إنّه تصرف من تصرفات العبد الذي لا يقدر عليه ـ موقوفاً على إذنه واجازته.

نعم، لو قلنا بعدم انصراف الأدلة إلى مثل ذلك، وحكمنا بعدم حرمته كان صحيحاً بلا إجازة؛ لعدم المعصية حينئذٍ، وكذا لو كان نهي السيد متعلقاً بمجرد التكلّم، بأنْ يقول للعبد لا تحرك لسانك، وقلنا بوجوب طاعته في ذلك، فلا وجه للفساد حينئذٍ؛ لأنّ النهي من المولى ليس حينئذٍ عن ايقاع العقد والمعاملة بما هي معاملة، بل بعنوان آخر وهو تحريك اللسان، فكما أنّ النهي الالهي إذا لم يكن بعنوان لا يقتضي الفساد، فكذا نهي المولى؛ لأنّ المعاملة حينئذٍ ليست معصية للمولى، بل المعصية عنوان آخر، وذلك العنوان ليس مما يقبل الاجازة، لكن

الفرض خلاف الواقع؛ لأنَّ المنهي من جانبه عنوان المعاملة.

إلا إذا فرضنا أنَّ المولى أذن في المعاملة للغير، ونهاه عن تحريك اللسان فأوقعها بالصيغة اللفظية، فتدبّر.

ويرد على المصنّف ﷺ: أنَّ اللازم بمقتضى ما بيّنه عدم صحة عقد العبد ولو مع الاجازة؛ وذلك لأنَّ عصيان السيد عصيان الله أيضاً، والمفروض أنَّ عصيان الله عزَّ وجلَّ لا يقبل الاجازة، ولا يرتفع أثره بها.

إلا أنْ يقال: إنَّ عصيان الله الذي يقتضي الفساد هو العصيان في أصل النكاح، لا في أمر آخر، فانَّه أيضاً وإنْ كان لا يرتفع بالاجازة إلا أنَّه لا يوجب الفساد، فينحصر الموجب له في العصيان الأولي متعلق بذات المعاملة، سواء كان من الله أو من السيد إذا لم يرتفع أثره.

لكن التحقيق ما عرفت من أنَّ الوجه في الفرق ليس استحالة الارتفاع وعدمه، بل وقوع الاجازة وعدمه.

وكيف كان الأظهر في بيان معنى الخبر أنْ يقال: إنَّ المراد من العصيان ليس معناه الظاهر، بل هو بمعنى المخالفة باتيان ما ليس مأذوناً فيه بالاذن الوضعي، فالمعنى لم ياتِ بما لم يكن مأذوناً فيه من جانب الله، وإنَّما أتىٰ بما لم يأذن فيه المولى، فيتوقف صحته على إجازته، وحينئذٍ فلا دلالة فيه على كون النهي التكليفي مقتضياً للفساد أصلاً، وإنْ كان متعلقاً بعنوان المعاملة ـ بما هي ـ بل يدل على أنَّ المعاملة التي لم يمضها الشارع غير صحيحة، وأما ما لم يأذن فيه المولى فهو موقوف على إجازته، واطلاق العصيان على هذا المعنى وإنْ كان مخالفاً للظاهر، إلا أنَّه قريب في المقام، من جهة أنَّ مورد الخبر صورة نكاح العبد بلا إذن من المولى، لا مع نهيه، والعصيان بالمعنى السابق فرع النهي.

ودعوى أنَّ العادة تقضي بالنهي مع عدم الاذن كما ترى، وحمل العصيان المنفي على المعنى الظاهر، والمثبت على مجرد عدم الاذن مستلزم للتفكيك.

وأيضاً على هذا لا يحتاج إلى تقييد اطلاق نفي العصيان بالنسبة إلى الله، بحمله

على عصيان خاص، وهو ما كان في أصل النكاح، بخلافه على المعنيين الأولين، مع أنَّ محط النظر والغالب في المعاملات إنَّما هو النهي الارشادي دون المولوي.

فحاصل المعنى أنَّ شرط صحة النكاح الاذن من الله تعالى ومن المولى، والأول حاصل، والثاني غير حاصل، فاذا حصل صح، فلا دخل لهذه الروايات بمسألة النهي في المعاملات، وأنَّه يوجب الفساد مطلقاً أو على التفصيل.

نعم، النهي الارشادي يوجب الفساد، وهو غير محتاج إلى الدليل؛ إذ معناه الارشاد إلى الفساد، فتدبّر.

١٢٧ ـ **قوله**ﷺ: (**ودعوى أنَّ تعليق** ...الخ)[١].

أقول: حاصل الدعوى أنَّ صريح الخبر وإنْ كان هو التعليق على الاجازة، إلا أنَّها لمكان عدم تعلقها إلا بالمضمون تختص بما إذا كان العقد واقعاً على ما يتعلّق بالمولى، فمثل عقده للغير لا يمكن تعلّق الاجازة به لعدم كون مضمونه للمولى؛ فلا وجه في الخبر على تعليقه عليها وحاجته إليها.

وحاصل الجواب: أنَّ ظاهر الخبر أنَّ كل ما كان وقوعه بلا إذن من المولى معصية له يكون أمره بيده، والعقد للغير أيضاً كذلك، فلا بدَّ أنْ يتوقف على اجازته، وعلى هذا فالعبارة غير خالية عن سوء التعبير، وكان المناسب أنْ يقول إنَّ المنساق من الخبر قاعدة كلية هي أنَّ كل ما كان فعله من دون مراجعة المولى معصية له فهو متوقف على اجازته، والمفروض أنَّ نفس العقد من هذا القبيل.

قلت: الأولى في الجواب أنْ يمنع كون المحرم نفس الانشاء بما هو، بل المحرم هو التصرف البيعي، وكون المضمون للغير لا ينافي توقفه على إجازة المولى كما في بيع الراهن الموقوف على إذن المرتهن، وإلا فمع فرض كون المحرم نفس الانشاء بما هو يمكن أنْ يقال إنَّه لا يقبل أنْ يتعلق به الاجازة، فتدبّر.

١٢٨ ـ **قوله**ﷺ: (**فالتحقيق أنَّ المستند** ...الخ)[٢].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٢.

أقول: مضافاً إلى هذه الروايات المعلقة لنفوذ النكاح على إجازة المولى من حيث تعليله ولا وجه لترك المصنف‌ﷺ لها هنا، مع أنّها الأنسب بحسب المقام، واحتمال أنّ الوجه فيه عدم معلومية كون مجرد الصيغة عصياناً للمولى، والتمسك بها فرع صدق العصيان.

فيه: أنّ المفروض أنّ المصنّف‌ﷺ جعلها دليلاً على المقام؛ حيث قال (إنّ المنساق منها اعطاء قاعدة ...الخ) مع أنّه لو صح ذلك فلا يمكن الاستدلال بالآية والروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد مستقلاً؛ لأنّها أيضاً منصرفة إلى صورة العصيان.

فالتحقيق أنْ يقال: إنّ اجزاء الصيغة معصية، لا من حيث هي، بل من حيث إنّها تُعَدُّ تصرفاً بيعياً أو غيره حسبما ذكرنا، لا من حيث إنّها تصرف لساني.

○ فرع: لو أمر العبد آمر أنْ يشتري نفسه من مولاه

١٢٩ ـ **قوله‌ﷺ: (لأنّ هذا الشرط ليس** ...الخ)[١].

أقول: قد مرّ منه‌ﷺ سابقاً اطلاق القول بوجوب كون جميع الشروط من حين[٢] الايجاب إلى اتمام القبول وإنْ استشكلنا فيه أيضاً، فتذكّر.

١٣٠ ـ **قوله‌ﷺ: (وفيه مع اقتصائه** ...الخ)[٣].

أقول: إنْ كان غرضه‌ﷺ بيان الواقع فهو كذلك، وإنْ كان غرضه الايراد عليه بذلك فالظاهر أنّه ملتزم به كما يظهر من دليله.

ثم كما لا يضر اتحاد الموجب والقابل لا يضر اتحاد الموجب ومتعلق المعاملة، فيجوز أنْ يوكله مولاه في بيع نفسه أو في اعتاق نفسه كما صرّح به المحقق[٤] وصاحب الجواهر[٥].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٣.
(٢) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «من حيث».
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٣.
(٤) شرائع الاسلام ٢: ٢٦٨.
(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧١.

١٣١ ـ قولهﷺ: (لعدمالاذن من المولى ...الخ)[1].

أقول: إذا كان الوكيل مطلقاً فاذنه الضمني الحاصل من ايجابه بمنزلة إذن المولى، وإنْ لم يكن وكيلاً مطلقاً حتى في هذا الاذن، فالحق أنَّه يحتاج إلى إجازة المولى.

تتميمات:

أحدها: إذا نكح أو باع ما في يده أو اشترى شيئاً في ذمته أو نحو ذلك من غير إذن المولى فانعتق قبل أنْ يجيز المولى أو يرد فالظاهر صحتها وعدم الحاجة إلى إجازة المولى، أو اجازته بعد الحرية.

الثاني: لا فرق في صحة تصرفاته بالاجازة بين أنْ تكون مسبوقة بنهي المولى، أو كانت مقرونة بمجرد عدم الاذن.

الثالث: إذا كان المملوك مبعّضاً فالظاهر صحة تصرفاته بقدر نصيب الحرية فيما يقبل التبعيض، ولو هاياه مولاه ففي كل يوم له حكمه.

الرابع: لا فرق في عدم نفوذ تصرفاته إلا باذن المولى أو إجازته بين ما إذا كان قناً أو مدبراً، أو مكاتباً مشروطاً أو مطلقاً، لكن في غير ما يكون من الاكتساب، فانَّ المكاتب بقسميه يجوز له التصرفات الغير المنافية للاكتساب بدون إذن المولى.

الخامس: إذا أذن له المولى في بعض التصرفات كالبيع لما في يده أو إجارة نفسه أو نحو ذلك فليس هذا بمجرده إذناً في قبض الثمن أو مال الاجارة، فله الرجوع على المشتري أو المستأجر ويرجع هو على العبد بما دفعه إليه إنْ كان موجوداً ويبقى في ذمته على فرض التلف يتبع به بعد العتق، كسائر اتلافاته.

وكذا الحال لو أجاز تصرفه لاحقاً فانَّه يجوز له أنْ يجيز البيع دون قبض الثمن، وكذا له أنْ يجيز الاجارة دون أخذ المال، فلو آجر نفسه بدون إذن السيد واستعمله المستأجر فللسيد أنْ يرجع عليه بأجرة المثل، وله أنْ يجيز ويرجع عليه بالمسمىٰ.

نعم، الاذن في الشيء إذن في لوازمه الشرعية أو العرفية، فلو أذن له في النكاح فهو اذن في لوازمه، فلا يجوز منعه من اقامة حقوق الزوجية، وكذا لو أذن له في

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٣.

الالتقاط فهو إذن له في لوازمه من التعريف والحفظ ونحوهما، وكذا إذا أذن له في التجارة فانَّه إذن في لوازمها الشرعية والعرفية، ومنها أجرة الكيّال والوزّان وقبض الثمن واقباض المتاع ونحو ذلك، بل له الاستدانة إذا كانت لازمة، ويكون الدين حينئذٍ من جملة الديون المأذون فيها، فيكون على المولى، وهكذا الاذن في أخذ الوديعة إذن في لازمها من الحفظ، ونحو هذا إذا أذن له في مثل الالتقاط والوديعة على وجه رفع المنع، وأما إذا كان بعنوان النيابة عن المولى فيكون الأحكام لازمة عليه دون العبد من أول الأمر.

السادس: إذا أذن له في التصرفات الموقوفة على الملك كقبول الهبة والوصية والاقتراض وشراء شيء في الذمة ونحو ذلك فهو مبني على القول بأنَّه يملك، وإلا فعلى الأول يجوز له ذلك، بخلافه على الثاني لعدم امكان قبوله حينئذٍ، ولا يجوز للمولى أيضاً أنْ يقبل لعدم كونه مقصوداً، وكذا الكلام في الاجازة فانَّها غير صحيحة على الثاني.

السابع: إذا اشترى شيئاً في الذمة، أو اقترض مالاً أو نحو ذلك من التصرفات المتعلقة بذمته، كأنْ نكح بمهر في ذمته فأجاز المولى فالظاهر أنَّه لا يلزمه ذلك، بل يبقى في ذمته يتبع به بعد عتقه، وإنْ جاز للمولى أخذ المال المشترى والمُقْتَرَض وتملّكه؛ لكونه من مال مملوكه الذي حكمه ذلك.

لكن يظهر من بعضهم في باب النكاح أنَّه لو أجازه يكون المهر والنفقة عليه لا على العبد، وهو في النفقة لا بأس به، كما لو أذن له سابقاً، أما في المهر فمشكل، بل لو أذن له في الابتداء أيضاً لا يكون المهر عليه إلا إذا فهم من العرف الالتزام به أو كان بعين معين مما في يد العبد.

الثامن: إذا استدان بدون إذن المولى فاتلف فمقتضى القاعدة اشتغال ذمته به، ولا يتعلق بالمولى ولا برقبته، وليس للدائن أنْ يستسعيه لمنافاة ذلك لحق المولى كسائر اتلافاته بناءً على القول بذلك فيها، إلا أنَّه خرج من ذلك ما لو كان مأذوناً في

التجارة دون الاستدانة فاستدان فاتلف، فانَّ في جملة من الأخبار استسعاؤه[١]، وقد عمل بها الشيخ[٢].

إلا أنَّه يمكن حملها على ما إذا كان ذلك باذن المولى وعلمه ورضاه، وإنْ كان مقتضى القاعدة على هذا اشتغال ذمة المولى به، لا تعلقه بكسب العبد، لكن يمكن أنْ يحمل على صورة رضا الدائن بذلك، ومحل المسألة مقام آخر، والغرض الاشارة إليه ليراجع.

التاسع: إذا اقترض بدون إذن المولى واجازته فأخذه المولى وتلف تحت يده فللمقترض الرجوع على أيهما شاء، لكن الرجوع على العبد إنَّما يكون بعد العتق، فانْ رجع على المولى قبل عتق العبد ليس له الرجوع على العبد إذا كان مغروراً من قبله؛ لأنَّه ليس يملك على ذمة عبده شيئاً، وإنْ قلنا بملكه.

نعم، لو رجع عليه بعد عتقه جاز له الرجوع عليه إنْ كان غاراً له لعدم المانع حينئذٍ، كما أنَّه لو رجع على العبد حينئذٍ جاز له الرجوع على المولى؛ لكون التلف في يده، والمفروض عدم كونه ملكاً للعبد؛ حتى يقال إنَّه وماله لمولاه، فلا يضمن له شيئاً.

ومما ذكرنا من عدم ملكية المولى شيئاً في ذمة العبد يظهر أنَّه لو أتلف مال المولى ليس له الرجوع عليه ولو حال عتقه؛ لعدم الشغل من أول الأمر حتى يتبع به بعد العتق، وأنَّه لا يجوز للمولى أنْ يبيعه شيئاً بثمن في ذمته وإنْ قلنا بملكه، وكذا لا يجوز له الاستدانة من المولى، ولكن في الجميع تأمل، ومقتضى القاعدة بناءً على ملكية العبد صحة الجميع، فتدبّر.

العاشر: إذا حاز مباحاً باذن المولى فلا اشكال، وإنْ كان بغير إذنه فبناءً على الملكية يملكه ويحجر عليه، وبناءً على العدم هل هو باقٍ على الاباحة أو يملكه المولى قهراً وجهان، أقواهما الثاني؛ لأنَّه معدود من منافع عبده، ولا يعتبر في

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣١ من ابواب الدين والقرض، ح ١.

(٢) المبسوط ٢: ١٦٤.

تملّك المباحات سوى الحيازة بالقصد، وهو حاصل، وهذا هو الفارق بينه وبين حيازة الحيوان، فانّ القصد لا يتحقق منه، فيبقى بعد ذلك على الاباحة، ولا يملكه مالك الحيوان قهراً، هذا.

وأما أخذ العبد للّقطة فمقتضى قاعدة عدم قدرته على شيء بقاؤها على حالها الأول وليس تملكاً حتى يكون من قبيل حيازة المباح، لكن المشهور ـ كما قيل ـ أنّ التقاطه صحيح وموجب للحوق الأحكام وإنْ كان بدون إذن المولى وإجازته، مع أنّ الوارد في خبر أبي خديجة خلاف ذلك، وقد عمل به ابن الجنيد، وهو عنه عن الصادق عليه السلام (سأله المحاربي عن المملوك يأخذ اللقطة ؟ فقال: ما للمملوك واللقطة، لا يملك من نفسه شيئاً فلا يتعرض لها المملوك، ينبغي للحر أنْ يعرّفها سنة...الحديث)[1]، هذا.

وأما لو أذن له المولى أو أجاز فلا اشكال، ويتعلق الأحكام به إنْ كان على وجه النيابة، وبالعبد إنْ كان بعنوان رفع المنع كما تقدم.

❁ ❁ ❁

(١) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الحجر، ح ٢، وباب ٢٠ من ابواب اللقطة، ح ١.

❑ الشرط الرابع: أنْ يكون المتعاقدان مالكين أو مأذونيين

١٣٢ ـ **قوله**ﷺ: (**أو الشارع** ...الخ)[١].

أقول: كالأولياء من الأب والجد والحاكم وعدول المؤمنين، بل فساقهم في التصرفات الحسبية، وكالمقاص، وكالمضطر في مقام حفظ النفس ونحو ذلك، والمأذون من الأولياء بحكمهم.

١٣٣ ـ **قوله**ﷺ: (**وهذا مراد من جعل** ...الخ)[٢].

أقول: كما أنّه المراد من جعل الاختيار شرطاً، وكذا جعل إذن السيد شرطاً مع حكمه بالصحة مع الاجازة.

١٣٤ ـ **قوله**ﷺ: (**بعد اتفاقهم على بطلان ايقاعه** ...الخ)[٣].

أقول: إنْ قلنا بكون الفضولي في البيع بمقتضى القاعدة؛ لشمول العمومات حسبما اختاره المصنّفﷺ فالحاقه سائر العقود به في محله، بل مقتضاها حينئذٍ القول بالصحة في الايقاعات أيضاً إلا ما خرج بالاجماع كالعتق والطلاق، فانَّ الظاهر اجماعهم على عدم جريان الفضولية فيهما، بل عدم صحة موقوفيتهما وإنْ كانت من جهة الفضولية في عقد آخر، كأنْ يوكل أحد شخصاً فضولاً عن الزوج أو السيد في الطلاق أو العتق، فأجاز عقد التوكيل بعد ايقاعهما، فانَّ الاجازة حينئذٍ تصحح عقد الوكالة، فيكون الطلاق صادراً عن الوكيل، إلا أن الظاهر أنَّ الاجماع منعقد على عدم الصحة في هذه الصورة أيضاً، وكذا في العتق.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٥.

وأما سائر الايقاعات فيشكل دعوى تحقق الاجماع فيها بالنسبة إلى كل واحد واحد، نعم المنقول منه عام في الجميع، لكنه ليس بحجة، فلا يخرج من أجله عن العمومات، مع أنّ الأمر في العتق والطلاق أيضاً مشكل، من حيث إنّهم يستدلون على عدم الجريان في الأول بما ورد من الأخبار ـ الذي ورد نظيره في البيع أيضاً ـ مثل قوله عليه السلام (لا عتق إلا بعد ملك)[1] وقوله عليه السلام (من أعتق ما لا يملك فلا يجوز)[2].

ويمكن الجواب عنهما بما أُجيب به عن مثل قوله عليه السلام (لا بيع إلا في ملك)[3]، فلو كان مدرك بعض المجمعين مثل هذين الخبرين أشكل الحال لعدم دلالتهما على المدعى، فيشكل التعويل على الاجماع المذكور.

وكذا يستدلون في الثاني بمثل قوله (الطلاق بيد من أخذ بالساق)[4]، ويمكن الجواب عنه كما لا يخفى.

وبالجملة: التعويل على الاجماع في منع الجريان مشكل، خصوصاً في سائر الايقاعات من الاذن والاجازة والابراء والجعالة والفسخ والرد ونحو ذلك، هذا ولو قلنا بكون الفضولي على خلاف القاعدة ـ كما هو الحق ـ فالحاق سائر العقود أيضاً محل اشكال.

١٣٥ ـ قوله قدس سره: (أو فحوى ...الخ)[5].

أقول: يظهر من اقتصاره قدس سره على القسمين أنّ الاذن بشاهد الحال داخل في محل الاشكال، ويمكن أنْ يدعى أنّه أيضاً مثل القسمين في الاخراج عن الفضولية؛ فيختص مورد الاشكال بما إذا علم الرضا الباطني من دون قرينة وأمارة، أو لم يعلم أيضاً إلا أن المالك أخبر به بعد ذلك.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١، وباب ٥ من ابواب كتاب العتق، ح ٢، ٦.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب كتاب العتق، ح ٤.

(٣) المستدرك ١٣: ٢٣٠، رواية ١٥٢٠٩، ١٥٢١٠.

(٤) المستدرك ١٥: ٣٠٧، رواية ١٨٣٢٩.

(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٦.

والفرق بينه وبين شاهد الحال أنَّ العقد ينسب إلى المالك مع الثاني؛ لوجود المظهر للرضا، بخلاف الأول لوضوح الفرق في نسبة الفعل إلى شخص راضٍ به بين ما كان هناك أمارة على رضاه به، وبين ما لم يكن، فانَّ في الأول يصدق أنَّه صدر عن إذنه، بخلاف الثاني، وهذا نظير ما اعتبرنا في صيغ العقود كونها دالة على المراد ولو بقرينة حالية، ولا يكفي علم المتعاقدين به من دون نصب قرينة توجب كون الصيغة دالة.

ثم إنَّ الظاهر أنَّ الرضا الباطني كافٍ في رفع الحرمة في التصرف المحرم بدون الاذن كالأكل ونحوه؛ لأنَّ الظاهر أنَّ المناط فيه هو العلم بالرضا، وإنَّما الاشكال في كفايته في نفوذ التصرفات؛ بحيث يلزم به المالك، ويجب عليه الوفاء، والأقوى التفصيل بين ما يكون العقد صادراً من غير المالك، وبين بيع العبد والباكرة والراهن ونحوهم ممن يكون العقد له إلا أنَّه موقوف على إذن الغير؛ وذلك لعدم الدليل على الأول؛ إذ العمومات قاصرة عن الشمول.

لأنَّ المراد من قوله تعالى ﴿ أو فوا بالعقود ﴾ ليس وجوب الوفاء على كل أحد بالنسبة إلى كل عقد صادر من كل أحد، بل هو نظير قوله تعالى ﴿ وليوفوا نذورهم ﴾ ونحوه خطاب بالنسبة إلى من صدر منه العقد، فيكون المعنى أوفوا بعقودكم الصادرة منكم، ومن المعلوم عدم صدور العقد من المالك ولو بالواسطة، فمثل عقد الوكيل والمأذون مشمول؛ لأنَّه صادر عن الموكل والآذن بالواسطة، بخلاف ما نحن فيه.

وكذا الكلام بالنسبة إلى ﴿ أحل الله البيع ﴾ ونحوه، فانَّ معناه أحل الله بيوعكم، وقوله تعالى ﴿ تجارة عن تراضٍ ﴾ فانَّ معناه تجاراتكم الناشئة عن التراضي، وهكذا الحال في سائر العمومات، إذ الانصاف أنَّ دعوى شمولها لكل عقد خرج ما خرج بعيدة في الغاية؛ ولذا نرى أنَّ المخاطب لا يستوحش من هذه الخطابات قبل ورود ما يدل على اعتبار الرضا، ولو كان المراد ذلك المعنى لزم الاستيحاش؛ إذ وجوب وفاء المالك لكل عقد واقع على ماله من دون إذنه ولو كان بمثل أنَّ

يقول شخص «وهبت جميع أموال زيد لك» فيقول المتهب «قبلت» تكليف يوجب الوحشة والاضطراب.

وأما الثاني فالعمومات شاملة له، غاية الأمرافتقاره إلى إذن الغير وتوقفه على رضاه، والمفروض حصوله، مع أنّ الاخبار الواردة[1] في نكاح العبد مع سكوت المولى، وأنّ سكوته اقرار دالة على ذلك، وأيضاً ما أشار إليه المصنّف من أنّ مناط المنع معصية المولى، وهي غير متحققة مع الرضا الباطني وإنْ كان بدون الكاشف.

إلا أن يقال: إنّ السكوت أيضاً مع الاطلاع من الكواشف العرفية، نظير سكوت الباكرة، فلا دلالة في هذه الأخبار، ولكن نحن في غنى عنها بعد شمول العمومات، فانّ العقد صادر عن المالك للآمر إلا أنّه موقوف على رضا الغير من جهة تعلق حق له به، فيكفيه الرضا الباطني، فلا يبقى مانع من وجوب الوفاء، وهذا بخلاف بيع مال الغير بدون إذنه وإنْ كان راضياً به إذا لم يكن هناك كاشف ولو فعلي، فانّه لا يجعل العقد عقده حتى يشمله العمومات، فتأمل.

نعم، يمكن التمسك في كفاية الرضا الباطني بخبر الحميري[2] وصحيحة محمد بن مسلم[3] الآتيتين، فانّ في الأول الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها أو بأمره أو رضا منه، فعطف الرضا على الأمر، وهو ظاهر في أنّه مغاير للاذن، وفي الثانية لا تشترها إلا برضا أهلها، فتدبّر.

١٣٦ ـ قوله: (ولا يحل مال امرء ...الخ)[4].

أقول: لا يخفى أنّه لا يمكن الاستدلال بهذا الخبر مستقلاً؛ إذ لا يستفاد منه إلا شرطية الرضا والطيب، وأما أنّ مجرد حصوله كافٍ فلا، فهو نظير قوله (لا صلاة إلا بطهور أو إلا بفاتحة الكتاب).

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ٨.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ٣.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٧.

وعلى فرض الدلالة نقول قد قيد في مثل المقام من البيع ونحوها بوجوب صدور عقد منه، وإلا فلا يكفي مجرد الطيب إلا في الاباحات، وليس الكلام فيها.

١٣٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وما دلَّ على أنَّ علم المولى ...الخ)**[1].

أقول: كالصحيح عن معاوية بن وهب قال: (جاء رجل إلى أبي عبدالله عليه السلام فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن مواليَّ، ثم اعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إيَّاها حين اعتقت ؟ فقال عليه السلام: كانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال: نعم وسكتوا عني، ولم يغيروا عليَّ. فقال عليه السلام: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم، اثبت على نكاحك الأول)[2]، ونحوه خبره الآخر عنه عليه السلام في حديث المكاتب[3]، وخبر الحسن بن زياد الطائي[4] عنه عليه السلام، هذا ولكن قد عرفت أنَّ السكوت عن مثل النكاح له خصوصية، فانَّه كاشف ظاهري.

١٣٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو كان فضولياً ...الخ)**[5].

أقول: سيأتي[6] أنَّ قضية عروة محتملة لوجوه؛ فلا يمكن الركون إليها في اثبات المقام، ولا في اثبات صحة الفضولي بالاجازة.

١٣٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ومثل قولهم في الاستدلال ...الخ)**[7].

أقول: هذا التعبير عنهم لا يدل على المطلب؛ لكونه في مقام الاجمال، وكذا الذي بعده.

١٤٠ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم إنَّه لو أشكل ...الخ)**[8].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٧.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٣.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٨.
(٦) تعليقة ١٤٥.
(٧) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٨.
(٨) كتاب المكاسب ٣: ٣٤٨.

أقول: قد عرفت أنَّ التحقيق الفرق بين عقد غير المالك وعقد العبد والراهن والباكر ونحوهم، فلا اختصاص بالعبد، فتدبّر.

بَيعُ الفُضُولي

بيع الفضولي

○ صور بيع الفضولي:

❑ الصورة الأولى: أنْ يبيع للمالك

١٤١ ـ **قوله**ﷺ: **(وعدا فخر الدين ...الخ)**[١].

أقول: حكي البطلان عن الشيخ في الخلاف[٢] والمبسوط[٣]، بل عنه الاجماع عليه فيهما، وحكي أيضاً عن الحلبي[٤] وابن سعيد، واختاره في المستند[٥]، وعن ظاهر القواعد[٦] والكفاية[٧] التردد.

● ما استدل به لصحة بيع الفضولي

١٤٢ ـ **قوله**ﷺ: **(لعموم أدلة ...الخ)**[٨].

أقول: قد عرفت أنَّها غير شاملة لعقد غير المالك، ومجرد صدق العقد لا يكفي، بل لا بدَّ من صدق كونه صادراً عنه ولو بالواسطة، وعلى فرض كون المراد أوفوا بكل عقد واقع على مالكم نقول ـ بعد التقييد بالرضا ـ لا بدَّ من المقارنة؛ إذ ليس المراد أوفوا بالعقد والرضا، بل المراد أوفوا بالعقد الصادر عن رضاكم، ألا ترىٰ أنَّه

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٠.
(٢) الخلاف ٢: ٧٤، ادعى عليه الاجماع هنا وخالفه في النهاية، فقال (فان باع ما لا يملك كان البيع موقوفاً على صاحبه، فان امضاه مضى، وان لم يمض كان باطلاً).
(٣) المبسوط ٢: ١٥٨.
(٤) غنية النزوع ٢٠٧.
(٥) مستند الشيعة ١٤: ٢٧٥.
(٦) القواعد ١: ١٢٤.
(٧) الكفاية ١: ٨٩.
(٨) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٠.

المفهوم من الشرط في سائر المقامات، من مثل قوله صلى الله عليه وآله (لا عمل إلا بنية)[١]، وقوله صلى الله عليه وآله (لا صلاة إلا بطهور)[٢] ونحو ذلك، فكما يستفاد منه اعتبار كون الفعل مقروناً بالنية أو بالطهور، فكذا الحال في مثل قوله صلى الله عليه وآله (لا يحل مال امرء إلا بطيب نفسه)[٣] المقيد بقوله تعالى ﴿ أحلَّ الله البيع ﴾ أو قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾.

وبالجملة: الاستدلال بالعمومات متوقف على أحد الأمرين، إما كون المراد منها أوفوا بكل عقد من كل شخص، وكون المستفاد من دليل الرضا اعتبار وجوده في أي وقت كان، بحيث يصير الحاصل أوفوا بالعقد والرضا، وهو كما ترىٰ.

وإما دعوى أنَّ الاجازة اللاحقة توجب صدق كون العقد صادراً منه، نظير الاذن السابق، فهي أيضاً كما ترىٰ؛ إذ الاجازة لا تغيّر عن ما وقع عليه، بحيث ينقلب النسبة، ألا ترىٰ أنَّه لو أمر بضرب أحد فضرب يصدق أنه ضربه، لكن لو ضربه أحد واطلع هو عليه بعد ذلك فرضي به لا يصدق أنَّه ضربه.

نعم، ما قرره المصنّف في بيان التمسك بالعمومات يتم في مثل نكاح العبد وبيعه لماله وبيع الراهن ونكاح الباكر ونحوها حسبما عرفت في الرضا الباطني المقارن، فانَّ فيها العمومات شاملة، والحاجة إلى الاجازة ليست إلا لرفع المانع ـ الذي هو تعلق حق الغير ـ أو لاثبات الشرط ـ الذي هو مجرد الرضا سابقاً كان أو لاحقاً ـ، فتدبّر.

هذا، وربما يورد على التمسك بالعمومات بأنَّها منصرفة إلى المتعارف، والفضولي ليس منه، ويجاب بأنَّ الانصراف بدوي.

ومن الغريب ما صدر من بعض المعاصرين، من دعوى أنَّ عقد الفضولي مع الاجازة منطبق على القاعدة ولو قلنا بشرطية اقتران العقد بالرضا؛ وذلك لأنَّ المدار فيه على الأعم من الفعلي والتقديري، وبالاجازة ينكشف وجوده حين البيع تقديراً، بمعنى كونه لو اطلع عليه أو التفت إليه رضي به، ولا يضر عدم الفعلية من

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب مقدمات العبادات، ح ١، ٢، ٣، ٩.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب احكام الخلوة، ح ١، وباب ١ من ابواب الوضوء، ح ١.
(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، رواية ٩٨.

جهة عدم الالتفات، بل لا يضر النهي السابق أيضاً.

وأنت خبير بما فيه؛ إذ الرضا التقديري لا يصحح جواز التصرف، كيف؟ وإلا لزم الهرج والمرج.

ثم قد يكون المالك على فرض الالتفات لا يرضى إلا بعد حين، فكيف يقال إنّه كان راضياً حين البيع ؟! إذ كثيراً ما ينقلب السخط إلى الرضا، لا أنْ يكون في حاق قلبه راضياً ويكون غافلاً عنه، أو يكون اظهاره الكراهة من جهة عدم الاطلاع على مصالح الفعل.

ثم اللازم من ذلك عدم الحاجة إلى الاجازة أيضاً إذا علم كون مصلحته في البيع بحيث لو اطلع عليها رضي به، فانّ الكاشف عنه حينئذٍ غير منحصر في الاجازة، ولا يمكن التفوّه بهذا.

١٤٣ ـ **قوله**ﷺ: **(وإلى ما ذكرنا يرجع ...الخ)**[1].

أقول: الانصاف أنّ نظر المستدل ليس إلى التمسك بالعمومات، بل غرضه ترتيب قياس صغراه وجداني، وكبراه مفروغ عنها، وهو أنّ كل عقد صدر عن أهله في محله فهو واجب الوفاء، وحينئذٍ فالحق ما ذكره الشهيد من أنّه من باب المصادرات، وذلك لأنّه إنْ كان المراد الأهلية بالنسبة إلى هذا المبيع الذي للغير ـ وبعبارة أخرى الأهلية الفعلية ـ فلا نسلّم الصغرى، وإنْ أريد الأهلية من حيث هو والمحلية من حيث هي فالكبرى ممنوعة، ولو كان المراد التمسك بالعموم كان يكفي أنْ يقول يصدق عليه أنّه عقد فيشمله العمومات.

١٤٤ ـ **قوله**ﷺ: **(وإنْ وجّهنا شراءه ...الخ)**[2].

أقول: بدعوى أنّ المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدد، أو لأنّه وإنْ كان المراد شاة واحدة إلا أنّ البائع ما كان يرضى إلا أن يبيع شاتين، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥١.

١٤٥ ـ قولهﰇ: **(ولكن الظاهر هو ...الخ)**[١].

أقول: حاصله أنَّ الاحتمالات أربعة، ثلاثة منها ينطبق على الفضولي، وهذه الثلاثة اثنان منها باطلان، وواحد منها ـ وهو ما ذكره رابعاً ـ بعيد بالنسبة إلى الاحتمال الأخر، وهو ما ذكره ثالثاً، ومعه لا يكون من الفضولي حسبما ذكره سابقاً.

قلت: كون الظاهر ذلك ممنوع، وكذا خروجه معه عن الفضولية كما عرفت، فالأولى بناءً على مذاقه أنْ يقال مع هذا الاحتمال لا يمكن الاستدلال، وعلى ما ذكرنا أنَّه يمكن أنْ يكون هناك إذن بالفحوى، أو بشاهد الحال، بل يمكن كون عروة وكيلاً مطلقاً كما قيل أنَّه روي أنَّه كان معداً لخدمات النبيﷺ، هذا مع أنَّ الرواية عامية ضعيفة.

١٤٦ ـ قولهﰇ: **(بملاحظة أنَّ الظاهر ...الخ)**[٢].

أقول: لم أفهم وجه هذا الدعوى، ولم أدرِ من أين هذا الظهور، مع أنَّك عرفت سابقاً أنَّه لابدَّ في المعاطاة من وقوع الانشاء بالفعل، ولا يكفي مجرد وصول العوضين مع المراضاة من دون انشاء فعلي، هذا.

مع أنَّ هذا منافٍ لقول النبيﷺ (بارك الله لك في صفقة يمينك)[٣]، فانَّ ظاهره كون البيع صادراً من عروة، لا أنْ يكون آلة في الايصال.

ثم لو كان الظاهر كونه على وجه المعاطاة يكون دليلاً على كون المتداول في ذلك الزمان ذلك، فيكون من الأدلة على عدم اعتبار الصيغة في البيع.

١٤٧ ـ قولهﰇ: **(من الموهنات ...الخ)**[٤].

أقول: منها: الحكم بأخذ الوليدة قبل أنْ يسمع من المشتري دعواه، فلعله كان يدعي وقوع العقد باذن السيد أو رضاه، وفيه ما لا يخفىٰ.

ومنها: حكمهﷺ بأخذ الوليدة وابنها مع عدم السؤال عن أنَّه يريد الاجازة أو لا.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٢.
(٣) المستدرك ١٣: ٢٤٦، رواية ١٥٢٦٠.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٤.

وفيه: أنَّ الغرض أنَّ الحكم ذلك من حيث هو لولا الاجازة، ولعل السيد كان عالماً بأنَّه مع الاجازة الحكم ليس كذلك، فتأمل.

ومنها: حكمه ﷺ بأخذ ابنها مع أنَّه ولد الحر؛ إذ الظاهر أنَّ الوطي كان بالشبهة.

وفيه: أنَّه لا مانع من كون المشتري عالماً بالحال، فيكون الولد رقاً لولا الاجازة، مع أنَّه يمكن أنْ يكون أخذه لأخذ قيمته يوم الولادة.

ومنها: حكمه بأخذ ابن السيد مع أنَّ ذلك لا يجوز؛ إذ غاية الأمر كونه غاصباً، وليس حكمه ذلك.

وفيه: أنَّه يمكن أنْ يكون ذلك لمطالبة الثمن الذي دفعه إليه.

ومنها: تعليمه ﷺ الحيلة مع أنَّ ذلك ليس من وظيفة الحاكم.

وفيه: أنَّه لعله كان هناك مصلحة تقتضيها، مع امكان أنْ يكون الغرض بيان أنَّ للمشتري مطالبة البائع بثمنه، لا تعليم الحيلة.

ومنها: كون الاجازة بعد الرد، مع أنَّ الصحة حينئذٍ خلاف الاجماع كما ذكره المصنّف، ويمكن دفعه بأنَّ المسلم من كون الرد مانعاً عن الاجازة ما إذا كان صريحاً، لا في مثل المقام الذي ليس إلا اظهار الكراهة، هذا مع أنَّ هذا الاجماع لا يكون كاشفاً قطعياً.

فالانصاف أنَّ الرواية لا مانع من العمل بها، وتكون دليلاً على صحة الاجازة حتى بعد الرد، هذا.

مع امكان الجواب بما ذكره المصنّف من أنَّ الاستدلال ليس بمجرد الحكم بصحة البيع في هذه القضية الشخصية، بل من جهة ظهور الفقرتين في أنَّ حكم الفضولي ذلك، وحينئذٍ فيمكن التأويل في ظهورها في كون الاجازة بعد الرد، ولا يرجع إلى مثل العام المخصص بالمورد كما قيل؛ لأنَّ المفروض الحكم بالصحة في موردها أيضاً، غاية الأمر طرح ظهورها في كون الاجازة في موردها بعد الرد، هذا.

ولكن هذا إنَّما يتم إذا كان ظهور الفقرتين في صحة الاجازة في الفضولي أقوى

من ظهور كونها بعد الرد، وإلا فيمكن أنْ تؤول الفقرتان بارادة البيع الجديد من الاجازة والانفاذ، فانّه أيضاً ممكن.

والحاصل: أنّه إذا قام الاجماع على عدم الصحة بعد الرد، والمفروض أنّ ظاهر الرواية ذلك، فلا بدَّ إما من رفع اليد عن ظهور كونها بعده، وإما من رفع اليد عن كون المراد من الاجازة معناها الظاهر، بارادة ابقاء الوليدة وابنها بيد المشتري ببيع جديد، هذا.

ولكن الانصاف أنّ ظهور الفقرتين أقوى، فيؤول ما يظهر منه الرد بارادة عدم الجزم بأحد الأمرين، من الاجازة والرد وغير ذلك، فتدبّر.

١٤٨ ـ **قوله** ﷺ: **(ومن جهة ظهور ...الخ)**[١].

أقول: هذا وما عطف عليه من قوله (واطلاق حكم ...الخ) وقوله (ومناشدة المشتري للامام عليه السلام والحاجة ...الخ) وقوله عليه السلام (حتى ترسل ...الخ) شواهد على ظهورها في كون الاجازة بعد الرد.

وأما قوله (وحمل امساكه الوليدة ...الخ) فهو مبتدأ خبره قوله (ينافيه ...الخ)، وهو جواب عما يمكن أنْ يقال في دفع الظهور المذكور، من أنّه يمكن أنْ يكون أخذ الجارية لأجل مطالبة ثمنها بعد اجازة البيع، لا لأجل الرد، فلا يكون ما ذكر دليلاً على كونها بعد الرد ليكون مخالفاً للاجماع.

وحاصله: أنّ هذا منافٍ لقوله (فلما رأى ذلك ...الخ) فانَّ ظاهره أنّه أجاز البيع بعد أخذ ولده لا من الأول.

١٤٩ ـ **قوله** ﷺ: **(بفحوى صحة عقد النكاح ...الخ)**[٢].

أقول: زاد عليها في الجواهر[٣] بأنّه قد يتضمن الصداق بيعاً ونحوه فيشمله حينئذٍ فضولي النكاح، يعني أنّه إذا تضمّن النكاح الفضولي بيعاً فضولياً فانَّ صحته

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٤.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٦.
(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٧.

من جهة اطلاق الأخبار، ويستلزم صحة البيع أيضاً، ويتم في غير هذه الصورة بالاجماع المركب، وتصويره ما إذا باع شخص مال زيد من عمرو فضولاً بمائة دينار، وزوّج له هنداً بهذه الدنانير، فاذا أجاز زيد النكاح فلازمه صحة البيع أيضاً.

لكن فيه أولاً: أنّ صحة النكاح لا تستلزم صحة البيع؛ لأنّه غير موقوف على المهر؛ لأنّ بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح، فدلالة الأخبار على صحة النكاح بالاجازة في هذه الصورة إنّما هي من حيث النكاح فقط، فلا دلالة لها على صحة البيع.

وثانياً: يمكن منع شمول الأخبار لمثل هذه الصورة، فهي منصرفة عنها، هذا.

وأما الفحوى فهي ظنية؛ إذ المصالح المقتضية لجعل الأحكام خفية، فلعل الحكمة تقضي توسعة أمر النكاح من هذه الجهة دون غيره، هذا.

مع أنّ الحكم في النكاح أيضاً ليس من المسلمات وإنْ أدعي عليه الاجماعات؛ لأنّ المحكي عن الشيخ في المبسوط[١] والخلاف[٢] انكاره فيه من الأصل، وعن فخر المحققين[٣] أيضاً ذلك فيه وفي سائر العقود، وعن ابن حمزة[٤] اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النص فيها دون غيرها.

وأما الأخبار فهي أيضاً واردة في موارد مخصوصة كنكاح[٥] الأب لابنه، كما في الموثقة (إذا زوّج الرجل ابنه فذاك إلى ابنه)[٦]، ونكاح الولي العرفي من الأخ والعم ونحوها كما في صحيحة الحذاء، ونكاح الأم لابنه كما في رواية محمد بن مسلم[٧]، ونكاح الوصي كما في صحيحة ابن بزيع[٨]، ونكاح العبد بدون إذن

---

(١) المبسوط ٤: ١٦٣.
(٢) الخلاف ٢: ٣٦١.
(٣) ايضاح الفوائد ٣: ٢٧.
(٤) الوسيلة ٣٠٠.
(٥) هكذا في الاصل، لكن الظاهر أنها «كانكاح» ولو عبّر بتزويج لكان اولى، وكذا في الموارد اللاحقة.
(٦) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٤.
(٧) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٣.
(٨) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١.

المولى[1]، ونحو ذلك مما يمكن تخصيص الحكم فيه بمورده حسبما اختاره ابن حمزة.

وبالجملة: فالتعدّي منها إلى مطلق نكاح الفضولي مشكل، فضلاً عن التعدّي إلى سائر العقود من البيع ونحوه، مع أنَّ العمدة في تلك الأخبار أخبار نكاح العبد، وقد عرفت أنّه يمكن أنْ يقال فيه وفي نحوه مما يكون العاقد عاقداً لنفسه إلا أنّه منوط برضا الغير أنْ كون الاجازة مصححة مطابق للقاعدة، فلا يمكن قياس غيره عليه.

١٥٠ ـ قوله: **(وبالنص الوارد ...الخ)**[2].

أقول: هو صحيح العلاء بن سيابة قال: (سألت أبا عبدالله عن امرأة وكّلت رجلاً بأنْ يزوجها من رجل، فقبل الوكالة، فأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوجها، ثم إنّها أنكرت ذلك الوكيل وزعمت أنّها عزلته عن الوكالة، فأقامت شاهدين أنّها عزلته ؟ فقال: ما يقول من قبلكم في ذلك؟

قال: قلت يقولون ينظر في ذلك، فانْ كانت عزلته قبل أنْ يزوج فالوكالة باطلة، والتزويج باطل، وإنْ عزلته وقد زوجها فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل، وعلى ما اتفق معها من الوكالة إذا لم يتعدَّ شيئاً مما أمرت به واشترطت عليه في الوكالة، قال: ثم قال يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل؟!

قلت: نعم، يزعمون أنّها لو وكلت رجلاً وأشهدت في الملأ وقالت في الخلاء اشهدوا أني قد عزلته وأبطلت وكالته بلا أنْ تعلم في العزل، وينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض، إذا وقع منه ولد.

فقال: سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده، إنَّ النكاح أحرى وأجدر أنْ يحتاط فيه، وهو فرج ومنه يكون الولد، إنَّ علياً أتته امرأة تستعديه على أخيها،

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٦.

فقالت يا أمير المؤمنين إني وكلت أخي هذا ...الحديث)[١].

١٥١ ـ **قوله**ﷺ: **(وحاصله أنَّ مقتضى ...الخ)**[٢].

أقول: يمكن أنْ يقال إنَّ الغرض من ذلك مجرد الرد على العامة في جعل حكمة الحكم هو الاحتياط، وأنَّه ليس كذلك، وإلا كان النكاح أولى بأنْ يحتاط فيه، ولو كان الاحتياط بأنْ يجري صيغة النكاح مجدداً أو بأنْ يطلق احتياطاً، لا أنَّ مقتضى الاحتياط الحكم بالصحة ليكون دالاً على أنَّ الصحة في غيره تستلزم الصحة فيه دون العكس.

والحاصل: أنَّه لما كان الحكم الواقعي عدم الفرق بين النكاح وغيره في مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر إلى الوكيل، والحكمة فيه ليس هو الاحتياط، فلا بدَّ من حمل الخبر على أنَّ الغرض منه الانكار عليهم في جعله حكمة، وأنَّه لو كان كذلك كان اللازم عدم الحكم بالبطلان، بل العمل على وجه يطابق الواقع قطعاً بالطلاق أو النكاح الجديد، وليس المراد أنَّ مقتضى الاحتياط الحكم بالصحة، فلا يلزم من هذا النص وهن في الفحوى.

ويمكن أنْ يكون المراد من قوله (أولى وأجدر) مثل ما أريد من قوله ﴿ وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾، وحينئذٍ فلا حاجة إلى توجيه كون الاحتياط في النكاح الابقاء دون الابطال بما ذكرهﷺ من كون الثاني مستلزماً للزنا بذات البعل، بخلاف الأول، ومع الاغماض عن ذلك نقول لا نفهم معنى الخبر، ومعه أيضاً لا يلزم الوهن المذكور، فتأمل.

● المؤيدات لصحة بيع الفضولي

١٥٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ونحوها غيرها ...الخ)**[٣].

أقول: كخبر أبي الصباح عن أبي عبداللهؑ (في الرجل يعمل بالمال مضاربة ؟

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام الوكالة، ح ٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٧.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٥٨.

قال عليه السلام: له الربح وليس عليه من الوضيعة شيء إلا أنْ يخالف عن شيء مما أمر به صاحب المال)[1].

وصحيح الحلبي عنه عليه السلام (في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة فيخالف ما شرط ؟ قال عليه السلام: هو ضامن، والربح بينهما)[2].

وصحيحه الآخر عنه عليه السلام قال: (المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح، وليس عليه من الوضيعة شيء إلا أنْ يخالف أمر صاحب المال، فانَّ العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة، ويشترط أنْ لا ينزلوا بطن وادٍ، ولا يشتروا ذا كبد رطبة، فانْ خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال)[3].

وقد ورد جملة من الأخبار في المضاربة أيضاً موافقاً للمذكورات في مخالفته شرط عدم السفر إلى أرض معينة، كصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام (في الرجل يعطي للرجل المال فيقول أيتِ أرض كذا وكذا ولا تجاوزها، واشتر منها؟ قال عليه السلام: إنْ جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإنْ اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإنْ ربح فهو بينهما)[4].

والصحيح عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن الرجل يُعطى المال مضاربة ويُنهى أنْ يخرج به فخرج ؟ قال عليه السلام يضمن المال والربح بينهما)[5].

وخبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام (في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة وينهاه أنْ يخرج به إلى أرض أخرى، فعصاه ؟ قال: هو ضامن له، والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه)[6]، ونحوه خبر أبي الصباح[7].

وهذه الأخبار بجملتها كما ترىٰ مخالفة للقواعد بظاهرها، فيمكن العمل بها

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب احكام المضاربة، ح ٣.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب احكام المضاربة، ح ٥.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب احكام المضاربة، ح ٧.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب احكام المضاربة، ح ٢.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب احكام المضاربة، ح ١.
(٦) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب المضاربة، ح ١٠.
(٧) وسائل الشيعة، باب ١ من ابوب احكام المضاربة، ح ٦.

تعبداً ولو كانت المضاربة غير باقية مع المخالفة، وحينئذٍ فلا بدَّ من الاقتصار على ما تضمنته في خصوص هذا الباب، ويمكن أنْ يعمل بها وحملها على بقاء المضاربة تعبداً وإنْ كان ضامناً مع مخالفة الشرط، وهذا قريب من الأول، وكلاهما بعيد، ومعهما فلا شهادة فيها لما نحن فيه، ولا استيناس أيضاً كما ادعاه المصنّف ﷺ، فانَّ الحكم بصحة معاملة واقعة على مال الغير من دون إذنه وإجازته تعبداً لا دخل له بصحة المعاملة مع الاجازة، فانَّ الأول راجع إلى سقوط اعتبار الاذن والرضا من المالك، بخلاف الثاني فانَّ المفروض فيه اعتبارهما.

ودعوى كفاية لحوقهما، فلا وجه للاستيناس حينئذٍ، كيف؟ وإلا لصح الاستيناس بكل مورد صح التصرف في مال الغير من دون رضاه، وهو كما ترىٰ.

ويمكن تطبيقها على القواعد بحملها على صورة الاجازة اللاحقة، وهذا أيضاً بعيد عنها، فانَّه لا أشارة إلى ذلك في شيء منها على كثرتها، مع أنَّ الاجازة لا تنفع في الاشتراك في الربح، بل مقتضى القاعدة إما عدم استحقاق العامل شيئاً؛ لأنَّه فضولي أو استحقاقه مقدار أجرة عمله.

فالأولى أنْ يقال: إنَّ مجرد منع المالك عن تصرف خاص أو السفر إلى جهة خاصة لا يستلزم عدم الرخصة في المعاملة، وبعبارة أخرى يمكن أنْ يكون منعه منعاً تكليفياً منه، لا وضعياً حتى يستلزم كون التصرف غير مأذون فيه بالاذن الوضعي، وإنْ شئت فقل إنَّها محمولة على صورة تعدد المطلوب، فالضمان إنَّما هو من جهة المخالفة في المطلوب الثاني، وكون المعاملة صحيحة والربح بينهما من جهة الموافقة في المطلوب الأول، وهو أصل التجارة المربحة، ويشير إلى ذلك ذيل صحيحة الحلبي المشتملة على قضية العباس فانَّ ظاهره أنَّه كان يشترط الضمان مع بقاء الاذن في التجارة، فيكون المراد من الاشتراط فيها الضمان، لا تخصيص مورد الاذن في التجارة والتقييد فيه، وعلى هذا فلا دخل لها بمسألة الفضولي أصلاً.

ومما ذكرنا ظهر ما في ما ذكره المصنّف ﷺ من أنَّ حملها على الفضولي مقتضى

الجمع بينها وبين ما دلّ على اعتبار الرضا، والنهي عن أكل المال بالباطل، مع أنّ الجمع المذكور إنّما يتم إذا لم يكن ما دلّ على اعتبار الرضا ظاهراً في اعتبار المقارنة، وأنْ يخرج المعاملة بالاجازة عن الأكل بالباطل، وإلا فليس الحمل المذكور جمعاً، ومع عدم الظهور في المقارنة والخروج عن الباطل بذلك فلا حاجة إلى الأخبار المذكورة، بل يكفي العمومات إلا أن يكون المقصود توجيه للاخبار المذكورة، لا الاستدلال بها على المدعى، فتدبّر.

١٥٣ ـ قولهﷺ: **(ومن هذا القبيل الاخبار** ...الخ)[١].

أقول: ليس في تلك الأخبار ما يكون نصاً وظاهراً في كون المُتّجر غير المولى، نعم هي باطلاقها ربما تكون شاملة على ما فهمه الأصحاب منها، حيث إنّهم ذكروا أنّه لو كان المتجر ولياً ملياً فلا يكون ضامناً، ولو فقد أحد الوصفين كان ضامناً، والربح لليتيم من جهة الأخبار المذكورة، ولا بأس بنقل جملة منها:

فمنها: صحيحة ربعي عن الصادقؑ (في رجل عنده مال اليتيم ؟ فقالؑ: إنْ كان محتاجاً ليس له مال فلا يمس ماله، وإنْ هو اتّجر به فالربح لليتيم، وهو ضامن)[٢].

ومنها: خبر منصور الصيقل (سألت أبا عبداللهؑ عن مال اليتيم يعمل به؟ فقالؑ: إذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح، وأنت ضامن للمال، وإنْ كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام، وأنت ضامن للمال)[٣].

ومنها: خبر سعيد السمّان (سمعت أبا عبداللهؑ يقول: ليس في مال اليتيم زكاة إلا أن يتجر به، فانْ اتّجر به فالربح لليتيم، وإنْ وضع فعلى الذي يتجر به)[٤].

ومنها: صحيحة زرارة المروية عن الفقيه عن أبي جعفرؑ قال: (ليس على مال اليتيم زكاة إلا أنْ يتجر به، فانْ اتّجر به ففيه الزكاة والربح لليتيم، وعلى التاجر

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٠.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٧٥ من ابواب ما يكتسب به، ح ٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب من تجب عليه الزكاة، ح ٧.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب من تجب عليه الزكاة، ح ٢.

ضمان المال)[1].

وحيث لا أشارة في هذه الأخبار على توقف ملكية الربح على الاجازة من الولي فيمكن تخصيصها بما إذا كان المتجر هو الولي، بل يتعين ذلك في الأولين؛ حيث قيد فيهما الضمان بما إذا لم يكن للمتجر مال، وفي غير الولي يكون التصرف موجباً للضمان مطلقاً لعدم كونه مأذوناً فيه أصلاً، وحينئذٍ لا دخل لها بمسألة الفضولي أصلاً؛ لأنّها إما أنْ تخصص مع ذلك بما إذا كان الاتجار بعين مال اليتيم، أو يعمم إلى ما كان في الذمة، ويدفع ماله عوضاً عما فيها، فعلى الأول تكون المعاملة صحيحة، والربح لليتيم بمقتضى القاعدة؛ لأنّها وقعت على عين ماله، سواء قصد الولي كونها لليتيم أو لنفسه؛ إذ قصد كونه لنفسه لغو، ولا يحتاج إلى اجازته بعد ذلك، كما لو باع الوكيل ما وكل فيه بعنوان أنّه لنفسه فانّه صحيح عن الموكل من غير حاجة إلى الاجازة؛ لأنّه عقد صدر من أهله في محله.

وعلى الثاني وإنْ كان مقتضى القاعدة كون المعاملة للولي، وضمانه لليتيم ماله الذي دفعه عوضاً عما في ذمته، إلا أنّ مقتضى الأخبار المذكورة كونها لليتيم على خلاف القاعدة.

مع امكان أنْ يقال: إنّ المعاملة وإنْ كانت واقعة على ما في الذمة إلا أنّها تنصب على المدفوع وتنطبق عليه، فكأنها واقعة عليه، خصوصاً إذا كان قصده من أول الأمر دفع هذا المال عوضاً، كما هو الغالب، فتكون منطبقة على القاعدة، وعلى أي حال فلا دخل لها بمسألة الفضولي، بل ولا استيناس بها لها حسبما عرفت سابقاً.

هذا وإنْ قلنا باطلاقها، وعملنا بها في صورة كون المتّجر عين المولى أيضاً فلا بدّ من العمل باطلاقها لبعد تقييدها بما إذا أجاز الولي، مع أنّها باطلاقها شاملة لما إذا كان المتجر هو الولي أيضاً.

وفيه: لا حاجة إلى الاجازة فلا معنى لكون المراد منه صورة الاجازة، ولذا عمل

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب من تجب عليه الزكاة، ح ٨، الفقيه ٢: ١٦ رواية ١٥٩٩.

باطلاقها من لا يقول بصحة الفضولي في سائر المقامات كالشيخ في المبسوط[١] وابن زهرة[٢] والحلبي[٣] والحلي[٤] وفخر الاسلام[٥].

وحينئذٍ فاما أنْ نقول إنَّ تصرّف غير الولي أيضاً مأذون فيه في مال اليتيم بالاذن الوضعي إذا كان فيه مصلحة في الواقع، وإنْ كان منهياً عنه بالنهي التكليفي، ويكون ضامناً له إذا لم يعلم المصلحة الواقعية، وإما أنْ نقول إنَّ الصحة في المقام تعبدية من جهة الاخبار المذكورة، وعلى أي حال لا دخل لها بمسألة الفضولي، بل ولا استيناس أيضاً.

نعم، لو قلنا إنَّ الصحة من باب إجازة الولي، وأنَّه لو لم يجز لما صحت كانت من الفضولي، لكنه مجرد احتمال مخالف للظاهر لا يصلح للتأييد فضلاً عن الاستدلال، هذا.

مع أنَّ التصرف المذكور لما كان موافقاً للمصلحة الواقعية فاللازم وجوب الاجازة على الولي حينئذٍ، ومعه لا معنى للتوقف عليها، فتأمل.

١٥٤ ـ **قوله**ﰡ: **(فتأمل** ...الخ)[٦].

أقول: لعل وجهه أنَّ الكلام في الصحة بالاجازة من المالك، لا بالاجازة من الله تعالى، ولا ملازمة بينهما، هذا مع أنَّ الاجازة الالهية لا معنى لها إلا الحكم بالصحة تعبداً، وليست من الاجازة المتأخرة.

١٥٥ ـ **قوله**ﰡ: **(برواية ابن أشيم** ...الخ)[٧].

أقول: رواها عن أبي جعفرﻟ قال له: (عبد لقوم مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل ألف درهم فقال اشتر بها نسمة، واعتقها عني، وحج عني بالباقي، ثم مات

---

(١) المبسوط ١: ٢٣٤.
(٢) الوسيلة ٢٧٩، ويمكن ان يكون مقصوده ابن حمزة، لان ابن زهرة هو الحلبي.
(٣) الغنية ٢٠٧.
(٤) السرائر ١: ٤٤١، و ٢: ٢١٢.
(٥) ايضاح الفوائد ١: ١٦٧.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٠.
(٧) كتاب المكاسب ٣: ٣٦١.

صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه وأعتقه عن الميت، ودفع إليه الباقي ليحج عن الميت، فحج عنه وبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً فاختصموا جميعاً في الألف، فقال: موالي العبد المعتق إنّما اشتريت أباك بمالنا، وقال الورثة: إنّما اشتريت أباك بمالنا، وقال موالي العبد: إنّما اشتريت أباك بمالنا ؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: أما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد، وأما المعتق فهو رد في الرق لموالي أبيه، وأي الفريقين بعد أقاموا البينة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقاً)(١).

وهذه الرواية كما ترىٰ ـ مضافاً إلى ضعف سندها بجهالة الراوي أو غلوه ـ مخالفة للقواعد، ولم يعمل بها المشهور، ومع ذلك فلا شهادة لها على ما نحن فيه؛ إذ الظاهر أنّ كلاً من الفرق كان يدعي كونه مأذوناً، بل المفروض أنّه مأذون من مولاه، والدافع أب الورثة، فالمراد أنّ من أقام البينة على مدعاه فالقول قوله، والتعبير المذكور كناية عن ذلك، وليس المراد كفاية مجرد ثبوت كون الشراء بعين ماله وإنْ كان المقصود بالشراء غيره؛ ليكون من الفضولي.

١٥٦ ـ قولهقدس سره**: (فان الحكم برد ما زاد ...الخ)**(٢).

أقول: هذا بناءً على ما هو الظاهر من كون المراد من رده على صاحب الاقالة بوضيعة فانّه باطلة حينئذٍ، ويبقى الثوب على ملك المشتري لعدم صحة الاقالة بزيادة أو نقيصة، وإنْ كان على وجه الاشتراط؛ لأنّ مقتضى الفسخ بها رجوع كل من العوضين إلى مالكه، فلا يكون هناك سبب لملكية البائع ما نقص في صورة الوضيعة، ولا لملكية المشتري ما زاد عن الثمن في صورة الزيادة.

ويمكن على بعد أنْ يحمل على شرائه ثانياً من المشتري بوضيعة، وحينئذٍ فيكون المراد من عدم الصلاح الكراهة، [و] من رد الزيادة ردها على وجه الاستحباب، فلا دخل لها بالفضولي أصلاً؛ إذ يكون الثوب حينئذٍ للبائع لأنّه رجع

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٥ من ابواب بيع الحيوان، ح ١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٢.

إليه بالشراء من المشتري بوضيعة، ولا دخل له بصاحبه الأول، وهو المشتري.

وحاصل: المراد أنّه إذا باع الثوب المردود إليه بأكثر من ثمنه، أي الذى تقوم عليه بعد الرجوع إليه بوضيعة، فليرد الزيادة على المشتري الأول؛ لأنّه خسر هذا المقدار في هذا الثوب بشرائه ورده، ووصل إلى البائع ما يقابله.

١٥٧ ـ قولهﷺ: (ويحتمل أنْ يكون فضولياً ...الخ)(١).

أقول: فيه أولاً أنّ ظاهر الخبر أحد الاحتمالين الأولين، وثانياً أنّه كيف يمكن أنْ يكون الشراء فضولياً مع فرض إذنه فيه.

١٥٨ ـ قولهﷺ: (ورضا المالك من هذا القبيل ...الخ)(٢).

أقول: قد عرفت الفرق بين عقد غير المالك وعقد المالك الموقوف على رضا الغير، والتعليل إنّما يتم في الثاني، هذا مع أنّ مجرد العقد على مال الغير لا يكون عصياناً، إلا أنْ يكون المراد منه العصيان الوضعي حسبما اخترناه، فتدبّر.

١٥٩ ـ قولهﷺ: (هذا غاية ما يمكن ...الخ)(٣).

أقول: ويمكن أنْ يستدل عليه برواية مسمع بن يسار قال: (قلت لأبي عبداللهعليه السلام إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لي عليه، ثم إنّه جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إيّاه، فقال: هذا مالك فخذه، وهذا أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك اجعلني في حل، فأخذت المال وأبيت أنْ آخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته، وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترىٰ؟ قالعليه السلام: خذ الربح واعطه النصف أحله، إنّ هذا رجل تائب، والله يحب التوابين)(٤)، فانّ ظاهر ذيله أنّ تمام الربح له، وأنّه أمره باعطائه النصف منه من جهة أنّه تائب، وهو لا ينطبق إلا على صحة الفضولي.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٣.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب كتاب الوديعة، ح ١.

ويمكن أنْ يستدل عليه أيضاً بما عن الكليني عن أبي حمزة الثمالي قال: (سألت أبا جعفرعليه السلام عن الزكاة تجب عليّ في موضع لا يمكنني أنْ أوديها ؟ قال: اعزلها فانْ اتجرت بها فأنت لها ضامن، ولها الربح، وإنْ نويت في حال ما عزلتها من غير أنْ تشتغلها في تجارة فليس عليك، فانْ لم تعزلها فاتجرت بها في جملة مالك فلها بقسطها من الربح، ولا وضيعة عليها)[1].

وقد استدل أيضاً بوجوه أُخر:

منها: الاجماع على نفوذ بيع المفلس مع إجازة الغرماء، وعلى نفوذ بيع الراهن مع إجازة المرتهن، ولا فرق بين الموردين وسائر الموارد، وفيه ما عرفت مراراً.

ومنها: ما ورد في الوصية[2] بما زاد عن الثلث من نفوذها باجازة الوارث.

وفيه: أيضاً ما لا يخفى فانّ إجازته شرط في نفوذ تصرف الميت لنفسه، فلا دخل له بالمقام من إجازة المالك للعقد الواقع على ماله على أنْ يكون له؛ إذ من المعلوم أنّ الاجازة لا تصيّر الوصية للوارث، بل توجب عدم انتقال المال إليهم.

ومنها: ما ورد من التصدّق بمجهول المالك[3] واللقطة، من أنّه إنْ رضي المالك بعد معلوميته كان له، وإلا ضمن المتصدّق.

وفيه: أنّ الاذن الشرعي حاصل في التصدق، وهو صحيح على كل حال أجاز المالك أو لا، وضمانه على فرض عدم الرضا حكم تعبدي، وعدم ضمانه في غير هذا الفرض حكم تعبدي.

ومنها: النصوص الواردة في باب الخمس[4] المشتمل بعضها على التصرف من بعضهم وطلب الاجازة من الامامعليه السلام فأجاز، بل في غيرها من النصوص التي وردت في المناكح والمساكن سيما ما صرح فيه منها بالشراء من مال الخمس من

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥٢ من ابواب المستحقين للزكاة، ح ٣، الكافي ٤:٦١، باب الصدقة لبني هاشم ـ نوادره، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب احكام الوصايا.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب اللقطة.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٣، ٤ من ابواب الانفال وما يختص بالامام.

الجواري المشتملة على إجازة الامامعليه السلام ذلك لأهل الحق ما يؤيد ذلك.

وأنت خبير بما فيه؛ إذ الامامعليه السلام أباح ذلك ولم يجز على وجه يكون له كما في إجازة الفضولي.

○ ما استدل به لبطلان بيع الفضولي

❑ الاول: الكتاب

١٦٠ ـ قوله‌رحمه الله: (وفيه أنّ دلالته على الحصر ...الخ)[1].

أقول: قد عرفت[2] ما فيه من امكان منع كون الاستثناء منقطعاً، ثم منع عدم دلالته على الحصر فتذكّر، هذا.

وقد يقال: إنّ الاستثناء وإنْ كان منقطعاً، وأنّه غير مفيد للحصر إلا أنّه يمكن دعوى كونه في المقام مفيداً فائدة المتصل في الدلالة على بطلان الفضولي؛ وذلك لأنّ المستفاد من الآية حرمة الأكل بالباطل، وجواز الأكل بالتجارة عن تراضٍ، والفضولي لما كان غير داخل في المستثنى، ويحتمل دخوله في المستثنى منه واقعاً، بأنْ يكون من الباطل؛ حيث إنّ المراد منه غير معلوم لا يمكن الأكل به؛ وذلك لأنّ تمييز الباطل من غيره لا بدّ أنْ يكون ببيان الشارع، ولم يرد منه بيان بالنسبة إلى المقام، فيكون الأكل به من الباطل.

وفيه: أنّه إنْ أُريد كون المراد منه الأعم من الباطل الواقعي والظاهري فهو ممنوع، وإنْ أُريد ذلك مع فرض كون المراد منه خصوص الواقعي فغاية الأمر كون المقام من الباطل الظاهري، من جهة أنّ الأصل عدم تأثير السبب، وهذا تمسك بالأصل، لا بالعموم، والمقصود التمسك به ليكون دليلاً في مقابل العمومات المتقدمة الدالة على صحة الفضولي، وإلا فالأصل لا يقاومها كما هو واضح، مع أنّه لا حاجة فيه إلى هذا التطويل، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٤.

(٢) تعليقة ١٠١.

١٦١ ـ **قوله**ﷺ: (**مع احتمال أنْ يكون** ...الخ)[١].

أقول: الاحتمال إنّما يكون مخلاً بالاستدلال إذا كان موجباً للاجمال، ومن المعلوم أنّه في المقام مخالف للظاهر حسبما اعترف به المصنّفﷺ، ويؤيده أنّه على قراءة الرفع يتعين التقييد؛ إذ دعوى احتمال كونه خبراً، وكون تجارة اسماً بعيد في الغاية؛ إذ عليه كان المناسب تعريف التجارة.

١٦٢ ـ **قوله**ﷺ: (**وإلا أن يكون** ...الخ)[٢].

أقول: هذا حاصل المعنى، وإلا فلا يمكن أنْ يرجع الضمير في يكون إلى لفظ السبب المقدّر، بل التقدير على قراءة النصب إلا أن تكون التجارة تجارة عن تراضٍ، أو تكون الأموال أموال تجارة عن تراضٍ، والأظهر الثاني، فالضمير راجع إلى الأموال، ويكون قوله «تجارة» قائماً مقام المضاف المقدّر، وهو قوله «أموال تجارة».

ويمكن أنْ لا يقدّر ويجعل الخبر لفظة «تجارة»، ويكون الحمل من حيث إنّها سبب لتحصيل الأموال، أي إلا أن تكون الأموال ناشئة من التجارة عن تراضٍ.

ثم لا يخفىٰ أنّ الخبر بعد الخبر إما أنْ يكون على وجه الاستقلال، كما في قولنا «زيد عالم شاعر»، وإما أنْ يكون من قبيل «الرمان حلو حامض»، والمقام محتمل للوجهين، فعلى الأول يكون المراد إلا أن تكون الأموال ناشئة من التجارة أو تكون ناشئة عن التراضي.

وعلى الثاني إلا أن يكون الأموال ناشئة من التجارة وعن التراضي، فيكون التراضي معتبراً في التجارة، إلا أنّه ليس على وجه التقييد حتى يعتبر كون التجارة ناشئة عنه، بل بمعنى أنّ سبب الحل هو التجارة والتراضي معاً، وإنْ كان التراضي موجوداً بعد التجارة كما في الفضولي، وظاهر المصنّفﷺ هو الوجه الثاني كما لا يخفىٰ.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٤.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٤.

١٦٣ ـ **قوله**﴿ؒ﴾: **(مع أنّ الخطاب** ...الخ)[١].

أقول: حاصله أنّه لو سلمنا كونه قيداً أيضاً لا يكون دليلاً أيضاً، إذ لا يلزم منه كون العقد مقارناً للرضا، بل التجارة والعقد لا يكون تجارة للمالك، بل إنّما يكون تجارة له بعد الاجازة، ومعه يكون عن تراض.

والحاصل: أنّ التجارة حين كونها تجارة المالك تكون عن الرضا، ولا فرق في ذلك بين أنْ يكون الاستدلال من باب مفهوم الحصر أو مفهوم القيد، وكذا على الايراد السابق.

١٦٤ ـ **قوله**﴿ؒ﴾: **(ولعله يناسب** ...الخ)[٢].

أقول: لا يخفىٰ أنّ التصرّف والتخاير ـ أي اختيار البيع ـ مسقطان للخيار، فعلى ما ذكروه يكون المراد من التراضي اسقاط الخيار، وهذا لا ينافي القيدية أيضاً؛ إذ حاصل مفاد الآية حينئذٍ أنّه لا يحل الأكل إلا بالتجارة المقيدة بالتراضي، يعني بالالتزام بالبيع باسقاط الخيار، فيكون الرضا المعتبر في صحة التجارة مسكوتاً عنه من حيث إنّه محقق لصدق الموضوع، ومثله لا يصرح به؛ إذ هو معلوم من الخارج، ألا ترىٰ أنّ قوله تعالى ﴿ أحل الله البيع ﴾ لا يراد منه إلا البيع الصادر عن الرضا، وهكذا في سائر الموارد، ولعل هذا دعى الجماعة إلى حمله على ما ذكره؛ إذ هو المحتاج إلى التصريح به، بخلاف ما هو معتبر في أصل الصدق، لكن لا يخفىٰ أنّ لازم ما ذكروه عدم جواز الأكل إلا بعد اسقاط الخيار، ولا نقول به، فتدبّر.

❏ الثاني: السنة

١٦٥ ـ **قوله**﴿ؒ﴾: **(وهو قوله**ﷺ **لحكيم بن حزام** ...الخ)[٣].

أقول: الظاهر أنّه عامي، ومن طريق الخاصة ما عن الصدوق باسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق﴿ع﴾ عن آبائه في مناهي النبيﷺ قال:

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.

نهى عن بيع ما ليس عندك، ونهى عن بيع وسلف)[١].

وخبر سليمان بن صالح عن أبي عبدالله قال عليه السلام: (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع وسلف، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن)[٢].

١٦٦ ـ **قوله قدس سره: (فيكون مساوقاً ...الخ)**[٣].

أقول: بناءً على أنْ يقرأ «يَمْلك» بصيغة المعلوم كما هو الظاهر بقرينة الأختين.

١٦٧ ـ **قوله قدس سره: (ولما ورد في توقيع العسكري ...الخ)**[٤].

أقول: هو هكذا (في رجل له قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال: للشهود اشهدوا أني قد بعت فلاناً ـ يعني المشتري ـ جميع القرية التي حد منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنّما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك ؟ وإنّما له بعض هذه القرية، وقد أقرّ له بكلها، فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك)[٥].

١٦٨ ـ **قوله قدس سره: (في جواب بعض مسائله ...الخ)**[٦].

أقول: حاصل المسألة (أنّ بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان، وليس لها قيمة لخرابها، وهي بائرة منذ عشرين سنة، وهو يتحرّج من شرائها؛ لأنّه يقال إنّ هذه الحصة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان، فانْ جاز شراؤها من السلطان كان صواباً وصلاحاً، وإنْ لم يجز عمل بما

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ١٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العقود، ح ٤.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٥.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ١.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٦.

تأمره به؟ فأجابه عليه السلام: الضيعة لا يجوز ...الخ)[١].

والظاهر أنّ المراد من الجواب أنّه لا يجوز ابتياعها من السلطان؛ لأنّه غير مالك ولا مأذون من قبله.

١٦٩ ـ **قوله** قدس سره: **(في أرض بفم النيل ...الخ)**[٢].

أقول: قال في القاموس (النيل ـ بالكسر ـ قرية بالكوفة، وبلدة بين بغداد وواسط، وقيل إنّ النيل نهر تتشعب من الفرات ينتهي إلى دجلة بمسافة مراحل)[٣]، وعلى هذا فالمراد بفم النيل صدر ذلك النهر.

والاستان ـ بالضم على ما في القاموس والمجمع ـ أربع كور ببغداد عالٍ وأعلى وأوسط وأسفل ذكره، في القاموس في «س ت ن» وفي المجمع في «أ س ت».

والظاهر أنّ المراد من الأهل في قوله (لا تشترها إلا برضا أهلها)[٤] من كانت الأرض بيده، لا أهل الاستان، وذلك لدلالة يده على الملكية، ويحتمل كون المراد الأهل الواقعي، فلا بدّ للمشتري من الاحتياط، ويحتمل كون المراد مجموع الطرفين لكونهما خارجين أو داخلين، أو بناءً على الاحتياط الاستحبابي إذا كان الأول زائداً، والآخر خارجاً، فتدبّر.

١٧٠ ـ **قوله** قدس سره: **(من آل فلان ...الخ)**[٥].

أقول: الظاهر أنّ المراد منهم بني عباس كما المصرح به في نسخة الكافي[٦]، والمراد بالقطايع إما ما أقطعه السلطان من الاراضي الموات ليعمرها، أو ما أقطعها من الأراضي الخراجية، فعلى الأول يكون الوجه في عدم الملك كونها للامام عليه السلام، ويكون من الفضولي، وعلى الثاني يكون الوجه عدم قابليتها للبيع، فلا دخل له

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ٨، وما هو في المتن ليس نص الرواية.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٦.
(٣) قاموس المحيط ٤: ٦٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ٣.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٦.
(٦) الكافي ٥: ١٣٣، باب اداء الامانة، ح ٨، وفيه (من امرأة من العباسيين).

بالفضولي، ويظهر من هذا وجه آخر لعدم صحة الاستدلال لمكان هذا الاحتمال، فتدبّر.

١٧١ ـ **قوله**ﷺ: **(والنص على جواز بيع الكلي ...الخ)**[١].

أقول: كصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبداللهعليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده، فيشتري منه حالاً؟ قال: ليس به بأس. قلت: إنّهم يفسدونه عندنا. قالعليه السلام: وأي شيء يقولون في السلم. قلت: لا يرون به بأساً، يقولون هذا إلى أجل فاذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصح. فقالعليه السلام: فاذا لم يكن إلى أجل كان أجود. ثم قال: لا بأس بأنْ يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالاً وإلى أجل. فقال: لا يسمي أجلاً إلا أنْ يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً)[٢].

وصحيحه الآخر قلت: (لأبي عبداللهعليه السلام الرجل يجيئني يطلب المتاع فأقاوله على الربح ثم أشتريه فأبيعه منه ؟ فقالعليه السلام: أليس إنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: فلا بأس به. قلت: فانّ من عندنا يفسده. قال: ولِمَ ؟ قلت: قد باع ما ليس عنده. قالعليه السلام: فما يقول في السلم، قد باع صاحبه ما ليس عنده. قلت: بلى. قال: فانّما صلح من أجل أنّهم يسمونه سلماً، إنّ أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه)[٣].

وخبر أبي الصباح عنهعليه السلام (في رجل اشترى عن رجل مائة منٍّ صفراً بكذا وكذا، وليس عنده ما اشترى منه ؟ قالعليه السلام: لا بأس به إذا وفاه الذي اشترط عليه)[٤].

وخبر ابن سنان عنهعليه السلام (عن الرجل يأتيني يريد مني طعاماً أو بيعاً نسياً وليس عندي، أيصلح أنْ أبيعه إيّاه وأقطع له سعره، ثم أشتريه من مكان آخر فأدفعه إليه ؟

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٧.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب احكام العقود، ح ١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب احكام العقود، ح ٣.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب احكام العقود، ح ٤.

قال عليه السلام: لا بأس)[1]. إلى غير ذلك، هذا.

والجمع بين هذه الأخبار وما دلَّ على عدم جواز بيع ما ليس عنده بما ذكره المصنّف رحمه الله من الفرق بين الكلي والشخصي صحيح، إلا أنَّ الأولى أنْ يقيد الجواز في الكلي أيضاً بما إذا لم يكن المشتري ملزماً بأخذ ما يشريه له، ولو على نحو الاشتراط؛ لأنَّ المستفاد من جملة من الأخبار التي منها الصحيحة الثانية أنَّ الصحة مشروطة بما إذا كان للمشتري أنْ يأخذ أو يترك.

وكون اختيار التعيين بيد البائع إنَّما يسلم في غير مثل المقام الذي باع شيئاً ولو كلياً، ثم اشتراه من جهة هذه الأخبار، أو نقول إنَّه لا ينافي عدم صحة الالتزام المذكور، فالغرض من هذه الأخبار أنَّ البيع لا يتعين في الذي اشتراه، بل هو باقٍ على كليته وإنْ كان يجب على المشتري الأخذ إذا كان مطابقاً للكلي الموصوف، فتدبّر.

ثم إنَّ محصل الجواب الأول الذي ذكره المصنّف رحمه الله عن النبوي صلى الله عليه وآله أنَّه ـ بعد كون المراد من الموصول العين الشخصية بقرينة الاجماع والأخبار الدالة على جواز بيع الكلي ـ يدور الأمر بين وجهين:

أحدهما: كون المراد النهي عن بيع مال الغير بمعنى مجرد الانشاء؛ ليكون دليلاً على بطلان الفضولي.

الثاني: كون المراد النهي عن بيع العين الشخصية قبل اشترائها لنفسه ثم اشترائها ودفعها إلى المشتري، كما هو المراد من روايتي خالد ويحيى الآتيتين، والثاني أظهر، فلا دخل له بمسألة الفضولي.

قلت: ربما يجاب عنه أيضاً بأنَّ ظاهره النهي عن البيع بقصد ترتيب الأثر، فغايته الدلالة على بطلان الفضولي في صورة إرادة البيع لنفسه كما في بيع الغاصب، ولا يدل على بطلانه فيما إذا باع للمالك بتوقّع الاجازة.

وقد يجاب أيضاً: بالحمل على التقية، بقرينة تكذيب الامام عليه السلام في الصحيحين

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٢.

للعامة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده، لكنه كما ترى؛ إذ يحتمل أنْ يكون التكذيب من جهة حكمهم ببطلان بيع الكلي، وجعله من باب بيع ما ليس عنده، لا في أصل الحديث.

وقد يجاب أيضاً: بأنَّ المراد منه النهي عن بيع ما لم يكن مقدوراً على تسليمه، كما استدل به في تلك المسألة، وفيه أنَّه خلاف الظاهر، فالصواب ما ذكره المصنّف.

١٧٢ ـ **قوله: (الآتيتين في بيع الفضولي لنفسه ...الخ)**[١].

أقول: يعني في مسألة ما لو باع لنفسه ثم ملكه، فإنَّه ذكرهما في الوجه السابع[٢] من الوجوه الدالة على عدم صحة البيع المزبور ولو بالاجازة بعد ذلك.

الأولى: قال: (قلت لأبي عبدالله الرجل يجيئني ويقول اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا ؟ قال: أليس إنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترك ؟ قلت: بلى. قال: لا بأس، إنَّما يحلل الكلام ويحرم الكلام)[٣].

والثانية: قال: (سألت أبا عبدالله عن الرجل يقول اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة بعينها أربحك كذا وكذا؟ قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجبه البيع قبل أنْ تستوجبها أو تشتريها)[٤].

١٧٣ ـ **قوله: (تخصيصه بما تقدم ...الخ)**[٥].

أقول: يعني الأدلة الخاصة، وإلا فالنبوي على فرض دلالته مخصص للعمومات المتقدمة.

١٧٤ ـ **قوله: (يظهر الجواب عن دلالة ...الخ)**[٦].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٧.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٦.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٤.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ١٣.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٨.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٨.

أقول: الصواب هو الجواب[١]، ويمكن الجواب عن الأول بما مرَّ في النبوي ﷺ من أنَّ غاية ما يدل عليه نفي الصحة فيما لو قصد نفسه كما في الغاصب، لا مطلق الفضولي، وقد يجاب عنه أيضاً بأنَّ المراد نفي اللزوم وهو بعيد، وقد يجاب أيضاً بأنَّ المراد عدم جواز بيع ما ليس بمملوك كالحر مثلاً، وهو أيضاً بعيد، والأظهر بقرينة الفقرتين إرادة نفي صحة البيع قبل أنْ يملك إذا أراد ترتيب الأثر كالطلاق قبل النكاح، أو العتق قبل أنْ يتملّك العبد.

١٧٥ ـ **قوله**ﷺ: **(وأما الروايتان ...الخ)**[٢].

أقول: الظاهر أنَّ المراد بهما روايتا خالد ويحيى، وهما وإنْ لم يذكرهما في طي الاستدلال إلا أنَّه لما كان يمكن الاستدلال بهما أجاب عنهما بذلك، وأما دعوى أنَّ المراد بهما التوقيعان فهي كما ترىٰ.

١٧٦ ـ **قوله**ﷺ: **(فانَّما هو في مقابلة ...الخ)**[٣].

أقول: فحاصل مفاده أنَّ البيع بلا مدخلية المالك باطل، مع أنَّه قد يقال إنَّ قوله (أو رضا منه) ناظر إلى إجازة الفضولي، حيث جعله في مقابل بيع المالك وأمره.

١٧٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وتوضيحه ...الخ)**[٤].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ هذا ليس توضيحاً للمذكور، بل هو جواب آخر، وحاصله أنَّ النهي إنَّما هو عن البيع بقصد كونه لنفسه مع إرادة ترتيب الأثر، وبطلانه على هذا الوجه لا يستلزم بطلانه للمالك أيضاً إذا أجاز.

---

(١) هكذا في الاصل.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٨.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٩.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٦٩.

❑ الثالث: الاجماع

١٧٨ ـ **قوله**ﷺ: **(الاجماع على البطلان** ...الخ)[١].

أقول: الانصاف أنَّ التمسك بالاجماع في مثل المسألة على أحد الطرفين أوهن شيء.

❑ الرابع: العقل

١٧٩ ـ **قوله**ﷺ: **(والجواب: أنَّ العقد** ...الخ)[٢].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ الفضولي إنَّما يقصد النقل والانتقال جداً مطلقاً، لا هزلاً ولا معلقاً على الاجازة، وإلا لم يكن صحيحاً مع الاجازة أيضاً، وحينئذٍ فلا يبعد صدق التصرف عليه عرفاً كما يصدق على بيع الغاصب، فانَّ ملاك صدقه ليس قصد ترتيب الأثر، ولا كونه علة الانتقال عرفاً، وإلا لزم التفصيل في حرمته بين ما لو ترتب الأثر وما لم يترتب، أو بين ما إذا فرض سلطنته على ذلك وعدمها.

والحاصل: أنَّ ملاك صدق التصرف النقل الانشائي عن جد، وهو حاصل في المقام أيضاً، وإنْ أبيت عن ذلك فنقول لا بدَّ وأنْ نلتزم بعدم الحرمة في بيع الغاصب أيضاً، إلا بالتصرف الحسي بالدفع إلى المشتري، هذا مع امكان دعوى أنَّ العقد مطلقاً علة تامة لحصول الآثار في نظر العرف، من غير فرق بين الغاصب المستقل وغيره، وعدم امضاء الشرع مشترك الورود، كما أنَّ القصد إلى النقل عن جد كذلك، غاية الفرق أنَّ الغاصب قاصد للدفع والتصرف الحسيين دون الفضولي، وهذا لا يوجب الفرق في صدق التصرف، مع أنَّه قد لا يتمكن من ذلك، فتدبّر.

١٨٠ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنَّ تحريمه لا يدل على الفساد** ...الخ)[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٠.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧١.

أقول: هذا إنّما يتم إذا قلنا إنّ الدال على الفساد ليس إلا النهي الارشادي، وأما التحريمي فلا دلالة له على الفساد أصلاً، والمفروض أنّه في المقام تحريمي، وأما إذا قلنا إنّ النهي التحريمي أيضاً يدل على الفساد إذا كان متعلقاً بنفس المعاملة كما في بيع الخمر فيمكن أنْ يقال إنّه في المقام كذلك، وذلك لأنّ النهي متعلق به بما هو بيع؛ إذ المفروض أنّه تعلق بالتصرف الأعم من الحسي والانشائي، فهو فرد من ذلك العنوان، لا عنوان آخر، وإنّما لا يدل على الفساد فيما كان متعلقاً بعنوان آخر، فالمقام نظير أنْ يفرض النهي المتعلق ببيع الخمر متعلقاً بعنوان كل تقليب فيه، الذي منه البيع، فانّه بما هو بيع تقليب للخمر، ومن المعلوم أنّه يدل على الفساد حينئذٍ، فتدبّر.

١٨١ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنّه لو دلّ لدلّ** ...الخ)[1].

أقول: الانصاف أنّه لو دلّ على الفساد لدلّ على أنّ البيع المفروض لا يترتب عليه الأثر مطلقاً، سواء أجاز المالك أو لا.

١٨٢ ـ **قوله**ﷺ: **(لا نفس القصد المقرون** ...الخ)[2].

أقول: إذا قلنا بحرمه القصد المقرون في هذه الصورة فلا بدّ أنْ نقول به في بيع الغاصب أيضاً؛ إذ لا فرق بينهما في ذلك، بل اللازم عدم حرمة شيء من المعاملات المحرمة؛ إذ في جميعها يكون المحرم القصد المقرون، أو ترتيب الأثر الخارجي، فتدبّر.

١٨٣ ـ **قوله**ﷺ: **(أقواها أنّ القدرة** ...الخ)[3].

أقول: منها: أنّ من لوازم صحة عقد البيع ونحوه حلية التصرف وترتب سائر الآثار، وانتفاء اللازم في المقام بالاجماع يكشف عن عدم الملزوم، وبتقرير آخر إنْ كان الفضولي داخلاً تحت عموم «أوفوا» و «أحل الله البيع» ونحوهما وجب

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٢.

الحكم بوجوب الوفاء وحصول الملكية، وإلا فلا يكون صحيحاً.

وفيه: أنَّ الرضا شرط بالاجماع والأخبار فلا بدَّ من حصوله أيضاً، وبعده يترتب جميع الأحكام، فالمقام نظير صحة البيع قبل القبض في الصرف والسلم.

ومنها: أنَّ البيع بالنسبة إلى الأصيل غرري، وقد نهى النبيﷺ عن بيع الغرر.

وفيه: أنَّ هذا إنْ قلنا باللزوم بالنسبة إليه، وإلا فلا غرر، مع أنَّه قد يكون واثقاً باجازة المالك.

ومنها: أنَّ مقتضى شرطية الرضا في العقود والايقاعات وجوده حالها، وإلا فلا يثمر وجوده بعد انعدامها، كما أنَّ هذا هو الحال في سائر الشرائط، من القصد للمدلول، والالتفات، والمعلومية، والقدرة على التسليم ونحو ذلك.

وفيه: أنا نمنع شرطيته إلا في النقل والانتقال، وليس شرطاً في العقد؛ إذ هو أول الكلام، وهذا بخلاف الالتفات والقصد إلى المدلول ونحو ذلك، وأما المعلومية والقدرة على التسليم ونحوهما فقد ثبت من الأدلة وجوب اقتران العقد بها، وإلا أمكن أنْ يقال إذا عقد ثم حصل العلم صح، والسر أنَّ البيع مع الجهل وقع غررياً، وكذا مع انتفاء القدرة على التسليم.

نعم، لقائل أنْ يقول: لِمَ لا يصح بعد حصول العلم والقدرة ولو أجاز العقد الواقع، والجواب عدم الدليل على تأثير مثل هذه الاجازة، فتدبّر.

❑ المسألة الثانية: بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

١٨٤ ـ **قولهﷺ: (ويلوح إليه ...الخ)**[١].

أقول: قد يقال بمنع التلويح؛ لأنَّ مورد الخبر ما إذا كان ذلك من العبد بعد الدخول وترتيب الآثار، فلا دخل له بما نحن فيه من مجرد المنع، فانَّ كون الأول باطلاً لا ينافي كون الثاني قابلاً للاجازة، وهو كما ترى، فانَّ ظاهر حمله للخبر على ما ذكر يقتضي كون مجرد المنع مضراً عنده، والاقتران بالدخول وترتيب الآثار لا دخل له في القابلية وعدمها.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٣.

نعم، يرد على العلامة أنّه لا داعيَ إلى الحمل المذكور، بل الأولى حمله على صورة عدم الاجازة إلى الآخر، مع أنَّ مجرد الاجازة اللاحقة لا تكفي في الخروج عن كون الوطي زناً إلا على القول بالكشف، وعليه أيضاً يمكن أنْ يقال لما كان وطيه حراماً في الظاهر اطلق عليه الزنا من باب التنزيل.

والحاصل: أنَّ استظهار المصنّف‏ﷺ الفتوى من عبارة التذكرة في محله، لكن الحمل المذكور فيها مما لا حاجة إليه في توجيه الخبر، فتدبّر.

١٨٥ ـ **قولهﷺ: (وكفاية العمومات** ...الخ)[١].

أقول: هذا على مذاق المصنّفﷺ من تمامية دلالة العمومات صحيح، لكنك عرفت منع دلالتها، فحينئذٍ يمكن أنْ يقال إنَّ القدر المتيقن من الأدلة الخاصة صورة عدم النهي السابق، فتدبّر.

١٨٦ ـ **قولهﷺ: (ومضافاً إلى ترك الاستفصال** ...الخ)[٢].

أقول: الانصاف عدم ظهور العموم من هذا الترك، خصوصاً مع أنّه قضية في واقعة، بل قد يدعى ظهور السؤال في عدم النهي، ومعه لا يمكن التمسك بترك الاستفصال، لكنه كما ترى؛ إذ الظهور اللفظي ممنوع، والمقام ـ مضافاً إلى امكان منعه ـ لا يفيد، فتأمل.

١٨٧ ـ **قولهﷺ: (ولو بشاهد الحال** ...الخ)[٣].

أقول: إذا قلنا بكون النهي السابق مانعاً إنّما نقول به في النهي الصريح المنشأ سابقاً، لا مجرد الكراهة الباطنية، ومثله غير متحقق غالباً، وكان الأولى التمسك باطلاق أدلة صحة نكاح العبد مع لحوق الاجازة، فتأمل.

١٨٨ ـ **قولهﷺ: (مع أنَّ رواية اجازته** ...الخ)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.

أقول: المراد من المعصية الغير القادحة بصريح الرواية مجرد ترك الاستيذان، لا ما كان مع النهي الصريح، فالأولى دعوى اطلاقها.

والانصاف تمامية هذا الاطلاق إلا أنّ الفحوى ممنوعة، فانّ نكاح العبد له خصوصية من حيث إنّ المعاملة والمعاهدة ليست إلا للعبد، غايته مدخلية رضا المولى فيها من جهة حق العبودية، فلا دخل له بالفضولي المصطلح حسبما أشرنا إليه سابقاً؛ ولذا قلنا إنّ التمسك بالعمومات لصحة الفضولي صحيح في مثل هذا المورد، وتصرف الراهن بدون إذن المرتهن، بخلاف الفضولي المصطلح فانّه ليس بصحيح؛ لأنّ الفضولي فيه طرف للمعاهدة، ولا دخل لها به، وظاهر قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ أوفوا بعقودكم كما عرفت، وهكذا سائر العمومات فلا تشمله، فتدبّر.

١٨٩ ـ **قوله**ﷺ: **(من بيع مال اليتيم ...الخ)**[١].

أقول: فيه منع ظاهر؛ فانّ في بيع مال اليتيم المنع السابق غير موجود غالباً إنْ أُريد منع الولي، وإنْ أريد المنع من الله تعالى فليس الكلام فيه، ومن ذلك يظهر حال المغصوب فانّ غاية الأمر وجود المنع الالهي، مع أنّه لم ينقل سابقاً دليلاً يدل على صحة بيع الغاصب؛ حتى يدعى ظهوره في الدلالة على عدم مضرية النهي السابق، فتدبّر.

١٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(ومخالفة العامل ...الخ)**[٢].

أقول: هذا إنّما يتم إذا كانت تلك المسألة من باب الفضولي، وقد عرفت الاشكال فيه سابقاً، فتذكّر[٣].

١٩١ ـ **قوله**ﷺ: **(غير مسلم ...الخ)**[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٤.
(٣) تعليقة ١٥٢.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٥.

أقول: يعني لا نسلّم كون مجرد الحلف المذكور موجباً لفسخ العقد وإنْ كان صادراً باذنه وتوكيله واقعاً، بل إنّما مبني على عدم الصحة في الظاهر من جهة الانكار والحلف، وثانياً أنّه يرجع إلى انشاء الفسخ بهذا الحلف، فلا دخل له بما نحن فيه من مجرد النهي السابق في حال عدم العقد، الذي لا يبقى بعده إلا أثره، وإلا فليس هناك انشاء للرد بعد صدور العقد، فتدبّر.

❑ المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه

١٩٢ ـ **قوله**ﷺ: **(والأقوى فيه الصحة** ...الخ)[١].

أقول: قد يفصّل بين الغاصب وغيره كما عن ابن ادريس، وقد يفصّل في الغاصب بين علم المشتري بالغصبية وجهله كما عن العلامة وولده والشهيد وقطب الدين[٢].

١٩٣ ـ **قوله**ﷺ: **(للعمومات المتقدمة** ...الخ)[٣].

أقول: قد عرفت ما في العمومات، وأما الفحوى فغير جارية هنا على فرض تماميتها في حد نفسها؛ لأنَّ الفضولي في النكاح لا يعقد لنفسه، بل عن الغير، والمؤيدات المتقدمة أيضاً غير جارية، وأما صحيحة ابن قيس فلا يبعد دعوى ظهورها من جهة ترك الاستفصال، والانصاف أنّها العمدة في دليل الفضولي.

١٩٤ ـ **قوله**ﷺ: **(بناءً على اختصاص مورد** ...الخ)[٤].

أقول: يعني بعد ما عرفت من اختصاص موردها بالبيع لنفسه، وإلا فالاستدلال بها ليس مبنياً على الاختصاص؛ إذ مع الاطلاق أيضاً يمكن الاستدلال بها للمقام، بدعوى أنَّ صورة البيع للمالك خارجة عنها بالدليل، هذا إنْ قلنا فيه بالصحة، وإلا فالأمر أوضح .

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٦.
(٢) حكاه عنهم مفتاح الكرامة ٤: ١٨٧.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٦.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٦.

١٩٥ ـ **قوله ﷺ: (مبني على جعل ...الخ)**[١].

أقول: لا نسلّم كون هذا ملاكاً لكون البيع الصادر من الغاصب بيعاً حقيقياً، فانّا لو سلمنا هذا الجعل من الغاصب غالباً فلا نسلّمه دائماً، ولو كان الملاك ذلك لزم في الحكم بصحته بالاجازة احراز هذا الجعل منه بالعلم؛ إذ مع عدمه لا وجه للحمل عليه إلا من باب حمل فعله على الصحة، والمفروض فساد فعله من جهة حرمة بيعه، إلا أن يقال إنّ العلم بحرمته لا ينافي حمله على الصحة من حيث كونه بيعاً في مقام علم كونه بصدد البيع، وهو كما ترى؛ إذ لا دليل عليه على هذا الوجه مع أنّ لازم هذا الوجه عدم الحكم بالصحة إذا علم منه عدم التنزيل المذكور، ولم يقل أحد بهذا التفصيل.

فالتحقيق: أنّ بيعه يتصوّر على وجهين: أحدهما بالبناء على كونه مالكاً، والثاني بالبناء على تملك الثمن بازاء مال الغير، كما أنّ في مثال الأصل ـ وهو ما لو اشترى بماله لغيره شيئاً ـ أيضاً يتصوّر على الوجهين، فانّه قد ينزّل الغير منزلة المالك للثمن، وقد لا ينزّل.

فالصواب في الجواب أنْ يقال: إنّ حقيقة البيع ليس إلا مبادلة مال بمال من غير نظر إلى كونه لنفسه أو لغيره، وهذا المعنى موجود في بيع الغاصب، وقصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته، ولا ينافيه أيضاً، ولا فرق فيه بين الوجهين من التنزيل وعدمه، ومن ذلك يظهر أنّ مقتضى القاعدة في المثال المذكور أيضاً الحكم بالصحة، وكون المثمن له، لا لذلك الغير؛ لأنّه مقتضى المبادلة بين المالين، من غير فرق بين صورة تنزيل ذلك الغير منزلة المالك للثمن وعدمه.

هذا إذا قلنا بعدم صحة دخول المثمن في ملك غير من خرج عنه الثمن، وإلا فمقتضى القاعدة صحته، وكون المثمن لذلك الغير، وسيأتي الكلام فيه عن قريب، هذا ولو فرض الاجماع على عدم الصحة في المثال لا له ولا للغير أمكن أنْ يقال

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٨.

إنّ الوجه فيه أنّه لا يمكن أنْ يصح له؛ لأنّه لم يرضَ به على أنْ يكون له، ولا ممكن أنْ يصح لغيره لعدم امكان الاجازة من ذلك الغير؛ لعدم كون المال متعلقاً به، والمفروض عدم صحة دخول العوض في ملك غير مالك العوض الآخر، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فانّ الصحة للمالك مع إجازته لا مانع منه.

والحاصل: أنّ الفرق بين ما نحن فيه والمثال امكان تصحيحه بالاجازة فيما نحن فيه دون المثال، لا ما ذكره المصنّف من كون ما نحن فيه مبنياً على جعل الغاصب نفسه منزلة المالك فيتحقق منه قصد البيع، بخلاف المثال فانّ قصد البيع غير متحقق فيه؛ لأنّه قصد تملك الغير للبيع بازاء مال نفسه، فتدبّر.

١٩٦ـ **قوله**ﷺ: **(لأنّ المفروض الكلام ...الخ)**[1].

أقول: هذا تعليل لما يفهم من الكلام، يعني أنّ عكس الأصل المذكور ما إذا باع مال غيره لنفسه، بأنْ قصد تملّك الثمن من دون بناء ولا اعتقاد لتمليك المثمن، لا ما نحن فيه مما يكون بيعه لنفسه مع جعل نفسه بمنزلة المالك للثمن، وإنّما لا يكون ما نحن فيه عكساً لأنّ المفروض كون الكلام فيما لو أجاز المالك كانت المعاملة، فلا بدّ من فرضه في صورة التنزيل المذكور ليمكن أنْ يصح بالاجازة، فمثال العكس أيضاً حاله حال الأصل في البطلان، وما نحن فيه لا يكون مثالاً في العكس؛ حتى يصح ما ذكره البعض من استلزام البطلان في الأصل البطلان فيه، فتدبّر.

١٩٧ـ **قوله**ﷺ: **(وقال نظير ذلك فيما لو باع ...الخ)**[2].

أقول: فانّه قصد البيع للمالك، فاذا ملكه وأجاز يكون إجازته بمعنى تبديل البيع الواقع عن المالك إلى بيعه عن نفسه.

١٩٨ـ **قوله**ﷺ: **(وهذا خلاف الاجماع والعقل ...الخ)**[3].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٨.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٩.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٧٩.

أقول: أما كونه خلافاً للاجماع فواضح، وأما كونه خلافاً للعقل فلأنّه لا يعقل تغيير ما وقع عما وقع، خصوصاً مع عدم كون أمر المشترى بيده.

١٩٩ ـ **قوله**ﷺ: **(وأما القول بكون الاجازة ...الخ)**[١].

أقول: إشارة إلى الجواب عما ذكره المحقق المذكور من أنّ هذا أحد الأقوال في الاجازة، وغرض المصنّفﷺ أنّ ذلك القول لا ربط له بما ذكره المحقق المذكور، إذ معنى ذلك القول أنّ الاجازة بمنزلة القبول، فتنضم إلى الايجاب المتقدم، بخلاف ما ذكره المحقق فانّ الاجازة عليه بمنزلة الايجاب والقبول معاً، هذا.

ولكن الظاهر أنّ مراد المحقق من ذلك التقريب يعني كما أنّ القائل المذكور يقول في مطلق الفضولي أنّ العقد يتحقق بالايجاب والاجازة، وبكون الاجازة قائمة مقام القبول وإنْ وقع القبول من غير المجيز، فكذلك لنا أنْ نقول في المقام إنّها بمنزلة مجموع الايجاب والقبول، وليس مراده أنّها في الحقيقة عقد مستقل جديد، وتبديل رضا البائع والمشتري كليهما أيضاً لا مانع منه بعد عدم كونهما مأخوذين على وجه القيدية، بل على وجه الموردية، وكون ملاك البيع المبادلة من دون نظر إلى خصوص الطرفين، فتأمل.

ويعتبر الواقع عما وقع وإنْ كان مخالفاً للعقل، إلا أنّه لا مانع منه في الأمور الاعتبارية وبمجرد الاعتبار، وإلا فمن المعلوم أنّه ليس غرضه التبديل الحقيقي.

٢٠٠ ـ **قوله**ﷺ: **(بين المحذورين المذكورين ...الخ)**[٢].

أقول: يعني ما ذكر في الاشكال من أنّ الاجازة إنْ تعلقت بالمقصود كان منافياً للصحة، وإنْ تعلقت بغيره كان عقداً مستأنفاً.

٢٠١ ـ **قوله**ﷺ: **(ولكن يشكل ...الخ)**[٣].

أقول: حاصله أنّ ما ذكر من الجواب إنّما يتم إذا كان الفضولي هو البائع، فانّه

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٠.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٨١.

حينئذٍ يقول في مقام الانشاء بعتك أو ملكتك بكذا وكذا، ويقول المشتري قبلت أو تملّكت أو نحوهما، فيكون حقيقة المعاملة المبادلة بين المالين، غايته أنّه قصد تملّكه للثمن من جهة اعتقاد كون البيع له، وأما إذا كان الفضولي الغاصب مشترياً، وقال البائع «ملكتك كذا بكذا»، وقال «قبلت أو تملكت»، أو قال هو «تـملكت»، وقال البائع «ملكتك» فلا يتم الجواب المذكور؛ لأنّ المـفروض أنّ البـائع قـصد تمليكه، وقصد هو تملّكه، فلا يبقى مورد للاجازة؛ لأنّ ملكيته لا يتصور على وجه يكون المال بالاجازة منتقلاً إلى المالك الأصلي.

وبعبارة أخرى قوام المعاملة حينئذٍ إنّما هو تملّكه للمثمن وتمليك البـائع له إيّاه، بخلاف الصورة الأولى فانّ قوامها بنقل العين التي بنىٰ على كونه مالكاً لهـا بازاء كذا، فاجازتها يمكن أنْ تقتضي ملكيته للمالك الأصلي.

والحاصل: أنّ كون الايجاب أو القبول ساكتاً عن كون المال ينتقل إلى البائع أو إلى غيره، وعدم أخذ ذلك في مفهوم العقد إنّما يتم في الصورة الأولى، وأما الثانية فصريح العقد إيجاباً أو قبولاً انتقال المال إلى الغاصب، فلا يمكن دعوى أنّ العقد ساكت عن ذلك، ومن ذلك يظهر أنّ ملاك الاشكال كون الانشاء على وجه يكون تمليكاً صريحاً للغاصب، أو تملكاً له، فلو فرضنا كون الفضولي هو البائع فـقال «بعتك كذا بكذا» وقال الآخر «ملكتك كذا بكذا» بناءً على صحة القبول بمثل ذلك كان محلاً للاشكال أيضاً، كما أنّه لو كان الفضولي هو المشتري فقال البائع «بعتك كذا بكذا»، وقال هو في مقام القبول «قبلت أو اشتريت» لم يكن اشكال فتأمل، فانّ معنى قوله «بعتك كذا بكذا» ملكتك لا بادلت معك كذا بكذا، فالاشكال وارد فيه أيضاً، هذا.

والتحقيق: في رفع الاشكال ـ بعد عدم اختصاصه بما نحن فيه من بيع الغاصب وجريانه في مطلق الفضولي إذا كان الطرف الآخر جاهلاً بكونه فضولياً كما أشار إليه في العبارة المحكية عن التذكرة، بل في الوكيل والولي مع جهل الآخر كما أشار إليه المصنّف ﷺ، وبعد عدم الفرق بين كون القصد العقد بلفظ التمليك والتملك أو

غيرهما ـ هو أنْ يقال إنَّ حقيقة البيع ليس إلا المبادلة بين المالين، والذي يعتبر في قوامه إنَّما هو ذلك، وكون المال منتقلاً عن من وإلى من ليس معتبراً فيه، أو إنَّما يوجه الايجاب أو القبول إلى المخاطب سواء كان بلفظ التمليك والتملك أو غيرهما على وجه الموردية، لا بمعنى أنَّ التمليك لا يقع وارداً على المخاطب بالخصوص، بل بمعنى أنَّ خصوصيته ليست ملحوظة في قوام المعاملة، ولذا لا يلتزمون نوعاً في مقام البيع معرفة كون المال لهذا الشخص، وأنَّه يبيع أو يشتري لنفسه أو لغيره.

وهذا بخلاف باب النكاح وباب الصلح والهبة المحاباتيين والوصية ونحوها، فانَّ المنتقل إليه المال فيها من الأركان، ولا بدَّ من العلم بكون القابل يقبل عن نفسه أو غيره، وأما في البيع والاجازة ونحوها فالنظر ليس إلا إلى المالكين، وأما الطرفان فليسا من الأركان بهذا المعنى، وإنْ كانا منها بوجه آخر، من حيث إنَّ المعاهدة لا تتحقق إلا بين اثنين، وحينئذٍ فنقول قول البائع «ملكتك» موجهاً له إلى المخاطب وإنْ كان تمليكاً له بالخصوص لكن المقصود الأصلي تبديل المالين، فللمالك الأصلي أنْ يجيز هذا التبديل الذي هو أصل حقيقة المعاملة.

وإنْ شئت فقل: إنَّ المخاطب مقصود بالتمليك بالعنوان الأعم، لا بمعنى أنَّ هذا التعميم مما هو ملتفت إليه وملحوظ حين العقد، بلى بمعنى أنَّه المركوز في الاذهان عند العرف.

ونظير ما نحن فيه ـ من حيث كون الخصوصية التي وردت عليها المعاهدة ملغاة؛ لكونها مأخوذة لا على وجه التقييد والتقويم ـ ما ذكروه في باب الشروط من كون تخلّفها موجباً للخيار، لا للبطلان، فانَّ المعاهدة الخاصة واردة على المشروط، لكن لا بنحو التقويم، بل بنحو تعدد المطلوب.

بخلاف تخلف الأوصاف المقومة، ولذا ذكروا أنَّه لو تخلّف الوصف لا يوجب إلا الخيار، ولو تخلّف الجنس والنوع أوجب البطلان، فانَّ الوجه فيه أنَّ الثاني ملحوظ في أنظار العرف على وجه التقويم، ولذا نجعل المدار في تعيين النوع

على أنظارهم، فقد يكون ما هو داخل في الصنف حقيقة واختلافه يوجب اختلاف الصنف داخل في قوام النوع عند العرف بحسب انظارهم، وكذا الكلام في باب تخلف الجزء، فانّه لا يوجب البطلان، مع أنّ المعاهدة الواردة على الكل معاهدة واحدة خاصة.

والحاصل: أنّ خصوصية المالكين لما لم تكن مقومة للبيع، وإنّما يكون حقيقته مجرد المبادلة بين المالين فلا يضر تخلّفها، كما لا يضر عدم معلوميتها، ولا فرق في ذلك بين أقسام الفضولي وانحاء الصيغة، كما أنّه لو كان الاشكال وارداً لم يكن فرق بين قصد التملك للغاصب صريحاً وفي مفهوم العقد، وقصده من دون أنْ يصرح بتمليكه، ولعل ما ذكرنا مراد البعض الذى يذكره المصنّف‏ﷺ في جوابه الثاني؛ حيث قال إنّ الاجازة تتعلق بنفس مبادلة العوضين وإنْ كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للثمن مأخوذة فيها، فانّ مقصوده أنّ الخصوصية ملغاة من جهة عدم كونها مقومة للبيع، هذا.

وأما الجواب الذي يذكره المصنّف‏ﷺ فسيأتي الكلام عليه[1].

٢٠٢ ـ **قوله‏ﷺ: (كايقاع المتكلم الاصلي** ...الخ)[2].

أقول: الظاهر أنّه خبر لقوله (فنسبة المتكلم ...الخ).

٢٠٣ ـ **قوله‏ﷺ: (في التذكرة حيث قال** ...الخ)[3].

أقول: قال فيها (لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فاشكال، من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد، أما مع العلم فالأقوى ما تقدّم، وفي الغاصب مع علم المشتري أشكل؛ إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا)[4] انتهىٰ.

وظاهره كما ترىٰ ايراد الاشكال في مطلق الفضولي مع جهل الآخر، من غير فرق بين البائع والمشتري، والغاصب وغيره، وأنحاء الانشاء من كونه بلفظ

---

(١) في التعاليق اللاحقة.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٢.
(٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

التمليك وغيره.

وأما ما ذكره في وجه الاشكلية في الغاصب مع علم المشتري فبيانه أنّه حينئذٍ يكون المشتري في الحقيقة مملكاً الثمن للغاصب بلا عوض؛ لأنّه عالم بأنّه ليس له، ومع ذلك يدفع إليه الثمن، فكأنّه أعطاه مجاناً، ولذا لا يرجع عليه به إذا تلف، وإذا كان كذلك فلا يمكن أنْ يصير ملكاً للمالك بالاجازة؛ لأنّ المفروض أنّ المشتري قصد تمليكه للغاصب مجاناً، فتصحيحه بالاجازة والحكم بكونه للمالك يكون أشكل، بل في الحقيقة إجازة هذا البيع يرجع إلى إجازة البيع بلا ثمن كما سيشير إليه المصنّف.

٢٠٤ ـ **قوله**: **(ولا ينتقض بما لو جهل ...الخ)**[1].

أقول: الانصاف عدم اندفاع هذا النقض بما ذكره المصنّف، أما أولاً فلأنّ الطرف الآخر قد يكون معتقداً لكون البائع أصيلاً، ولا يكون متردداً بين كونه وكيلاً أو ولياً أو أصيلاً، فيقصد تمليكه لنفسه لا بعنوان أعم، وأما ثانياً فلامكان فرض التعميم في الفضولي أيضاً إذا فرض كونه متردداً بين كونه أصيلاً أو فضولياً، ودعوى عدم امكان هذا الاعتبار فيه لكونه أجنبياً كما ترى.

فالتحقيق: ما عرفت من أنّه وإنْ أراد تمليك العاقد لنفسه إلا أن هذه الخصوصية ملغاة في نظر العرف لعدم كونها مأخوذة على وجه التقويم، وكون حقيقة البيع مجرد المبادلة من غير نظر إلى المالكين من الطرفين، ولذا لا يضر مع العلم بارادته بخصوصه وعدم الالتفات إلى كونه وكيلاً أو ولياً، مع كونه في الواقع كذلك، بل لا يوجب هذا التخلّف الخيار أيضاً، إلا إذا كان من الاغراض النوعية المأخوذة على وجه تعدد المطلوب، بحيث يرجع إلى الشرط الضمني، فتدبّر.

٢٠٥ ـ **قوله**: **(وأكثر النصوص المتقدمة ...الخ)**[2].

أقول: لم يتقدم نص في شراء الغاصب لنفسه، إلا أنْ يريد نصوص الاتجار بمال

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٢.

اليتيم، وفيه ما لا يخفىٰ.

٢٠٦ ـ **قوله**ﷺ: **(وفيه: أنَّ حقيقة العقد ...الخ)**[١].

أقول: قد عرفت ما فيه، من أنَّ قصد الخصوصية لا يضر بعد كونها خارجة عن حقيقة المعاملة التي هي المبادلة، والظاهر أنَّ نظر البعض إلى ذلك كما أشرنا.

٢٠٧ ـ **قوله**ﷺ: **(فالأنسب في التفصي ...الخ)**[٢].

أقول: فيه *أولاً*: ما عرفت من منع كون بيع الغاصب أو شرائه مبنياً على ادعاء الملكية في جميع المقامات، وأنَّه لولاه خرج عن كونه مبادلة حقيقية؛ لما عرفت من أنَّ بيع ماله لغيره أو مال غيره لنفسه أيضاً بيع حقيقة؛ لأنَّ حقيقة المبادلة محفوظة، وقصد كون الثمن أو المثمن لغير مالك الآخر لا يضر بصدق المبادلة بين المالين، سواء قلنا بصحة ذلك أو بطلانه.

وثانياً: بعد الادعاء المذكور أيضاً نقول إنَّ من المعلوم إرادة الغاصب تملك خصوص نفسه، لا من كان مالكاً وإنْ كان غيره، وإنْ شئت فقل إنَّ الجهة تعليلية، لا تقييدية، وعلى فرض كونها تقييدية، وكون الحكم وارداً عليها نمنع اقتضاءها ما ذكره؛ إذ لا بدَّ في ورود الحكم على الجهة مطلقاً من قابلية المحل للاطلاق، وإلا فلا يستلزم الاطلاق، ألا ترىٰ أنَّك إذا قلت «أكرمت زيداً لصداقته» لا يقتضي اطلاق مطلق الصديق، بل وكذا لو قلت لزيد «ادخل داري من حيث إنَّك صديقي» لا يكون إذن الدخول لمطلق الصديق، ففي المقام أيضاً وإنْ كان الغاصب في قوله «تملكت كذا بكذا ديناراً» على أنَّه المالك، وكان تملكه للمثمن من هذه الجهة، لا أنَّه لا يقصد إلا تملك نفسه، لا المالك الواقعي.

فلا مفر في دفع الاشكال إلا ما ذكرنا من أنَّ هذه الخصوصية مأخوذة لا على وجه التقييد في انظار العرف، فيمكن الغاؤها في مقام الاجازة، ولا يلزم منه مخالفة المجاز للمنشأ؛ لأنَّ المجاز نفس المبادلة لا بهذه الخصوصية، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٣.

٢٠٨ ـ **قوله**ﷺ: **(هذا مع أنّه ربما يلتزم ...الخ)**(١).

أقول: غرضه أنّ غاية ما يلزم من الاشكال المذكور عدم صحة الاجازة على أنْ يكون للمالك، وأما بطلان المعاملة وعدم امكان تصحيحها فلا؛ فـانّه يـمكن أنْ تصحح بالاجازة على أنْ تكون للغاصب الفضولي.

وليس غرضه دفع الاشكال، مع كون الاجازة على الوجه السابق كما قد يتخيل؛ ليرد عليه أنّه لا يدفع الاشكال الوارد عليه، هذا وكان الأولى أنْ يعبّر عن المطلب بتعبير آخر، بأنْ يقول هذا كله على تقديره الاجازة على أن يكون للمالك، وهل يصح على أنْ يكون للغاصب أو لا، ربما يلتزم ...الخ، هذا.

ويمكن أنْ يقال: إنّ الكلام في أنّ مقتضى الاجـازة بـقول مـطلق أنْ يكـون لـلغاصب أولاً، وأنّ القائـل ملتزم بكـونه لـه، وحينئذٍ فـيتحصـل فــي المسـألـة وجوه:

أحدها: البطلان وعدم الصحة بالاجازة، لا للمالك ولا للغاصب.

الثاني: الصحة مع كونه للمالك.

الثالث: الصحه مع كونه للغاصب.

الرابع: تبعية القصد، فانْ قصد للمالك فله، وإنْ قصد للغاصب فله، فتدبّر.

٢٠٩ ـ **قوله**ﷺ: **(في شرحه على القواعد ...الخ)**(٢).

أقول: قال فيها (ولو أجازه المالك على نحو ما قصده الغاصب به احتمل رجوعه إلى هبة وبيع معاً، كقوله «اشتر بمالي لنفسك كذا»، وأما مع قصد الغاصب تمليك نفسه، ثم البيع فلا بحث في رجوعه إلى ذلك، ولو باع المالك عن غيره فأجاز صح البيع عن المجيز)(٣) انتهى.

وظاهره أنّ احتمال كونه للغاصب إنّما هو مع قصده ذلك في مقام الاجازة، لا

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٤.

(٣) شرح القواعد ١٦٦.

أنْ يكون مقتضى الاجازة مطلقاً ذلك، فيرجع ما ذكره إلى الاحتمال الأخير الذي ذكرنا، فتدبّر.

٢١٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فكما أنَّ الاجازة المذكورة ...الخ)**[١].

أقول: يعني أنَّ بهذه الاجازة يتصحح أمران، أصل البيع، والتملك الضمني الحاصل به، فيتحقق أولاً ملكيته للمبيع، وثانياً يصح بيعه بالترتب الطبعي.

٢١١ ـ **قوله**ﷺ: **(رجع الملك إلى مالكه دون العاقد ...الخ)**[٢].

أقول: أما على الوجه الأول فيمكن أنْ يقال برجوعه إلى العاقد من حيث إنَّه قد ملك المبيع أولاً ثم باعه بالتقدم الطبعي أو الخارجي، لكن هذا بناءً على الملك آناً ما حقيقة، وأما إذا قلنا بالملك الضمني التقديري بمعنى كونه في حكم الملك فلا يرجع بالفسخ إلا إلى مالكه، فتدبّر.

٢١٢ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنَّ قياس الاجازة ...الخ)**[٣].

أقول: لا يخفى أنَّ الملك في مثل قوله «بع مالي لك» يتصور على وجوه:

أحدها: أنْ يكون من باب الحكم الشرعي بالملكية قبل البيع آناً ما حقيقة.

الثاني: أنْ يكون من باب تقدير الملك وحكمه بأنْ يكون شرعاً في حكم الملك في ترتيب الأثر الذي هو صحة البيع لنفسه.

الثالث: أنْ يكون الاذن السابق، وهو قوله «بع مالي لك» إيجاباً للتمليك، وبيعه على هذا الوجه قبولاً له، فيتحقق الملكية الحقيقية بالبيع، فيكون ايجاب البيع قبولاً للتمليك السابق، وإيجاباً للبيع، فيتقدم حينئذٍ ملكية البائع للمبيع على ملكية المشتري؛ لأنَّه إنَّما يملكه بالايجاب، والمشتري يملكه بعد القبول، ولا يلزم أنْ يكون الملكية حين الايجاب، بل يكفي تحققها حين تمامية السبب، الذي يحصل النقل بعده.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٤.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٥.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٥.

الرابع: أنْ يكون الاذن السابق توكيلاً في تمليكه لنفسه، وايجابه البيع قبولاً لذلك التوكيل، وبمنزلة الايجاب والقبول لتمليكه لنفسه، وإيجاباً للبيع، فيكون لذلك الايجاب جهات؛ لأنّه قبول للتوكيل، وايجاب وقبول لمتعلق الوكالة، وهو تمليكه لنفسه، وايجاب للبيع الثاني، هذا.

أما الوجهان الأولان فلا يمكن الالتزام بهما إلا بعد وجود الدليل الشرعي، بأنْ يكون هناك نص خاص يدل على صحة البيع بمجرد هذا الاذن، ويكون الوجه منحصراً في أحدهما، ومن المعلوم عدم الدليل، ثم عدم تعين الوجه على فرض وجوده؛ لامكان التزام تخصيص بعض القواعد الأخر.

وأما الأخيران ـ فمضافاً إلى الحاجة إلى الدليل على كفاية هذا المقدار في تحقق التوكيل والتمليك ـ محتاجان إلى كون قصد الأذن ذلك، وكون قصد البائع أيضاً ذلك، وإلا فمع عدم القصد من أحدهما لا يمكن الالتزام بهما، والمفروض عدم كلا الأمرين.

إذا عرفت ذلك فنقول: إذا قلنا بأحد هذه الوجوه في الاذن السابق، فانْ قلنا به من جهة النص الخاص فلا يجوز قياس الاجازة عليه، لكن المفروض عدم النص، وإنْ قلنا به بمقتضى القاعدة من جهة عمومات أدلة العقود وجواز التصرف بالاذن والرضا فلا فرق بين السابق واللاحق، وما ذكره المصنّف ﷺ من الفرق غير فارق؛ إذ غاية ما ذكره عدم الدليل على تأثير الاجازة في تأثير البناء على الملكية في تحققها شرعاً، ومن المعلوم أنّ الاذن السابق أيضاً كذلك، فدعوى ايجابه من باب الاقتضاء تقدير آناً ما ممنوع؛ إذ مجرد الاذن في التملّك لا يكفي في حصوله.

نعم، لو كان دليل شرعي أوجب صحة البيع المفروض كان دالاً من باب الاقتضاء على حصول الملكية آناً ما مع فرض انحصار الوجه فيه، لكنه مفروض العدم، وعلى فرضه يمكن أنْ يقال إنه في الاجازة اللاحقة أيضاً، فانّا لو فرضنا وجود الدليل على صحة البيع معها دلَّ من باب الاقتضاء على كفاية امضاء البناء المذكور في تأثيره في الملكية.

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام المصنّف‌ من المناقضة؛ حيث إنّه قال أولاً إنّ الاذن في البيع يحتمل فيه أنْ يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آناً ما قبل البيع، وقال في آخر كلامه (لأنّ هذا مما لا يؤثر فيه الاذن، لأنّ الاذن في التملك لا يؤثر التملك، فكيف إجازته؟!).

فان قلت: لعل مراده من قوله (من باب الاقتضاء) اقتضاء الدليل الدال على صحة البيع بمثل هذا الاذن، لا اقتضاء الاذن في البيع الاذن التملك[1].

قلت أولاً: قد عرفت عدم الدليل، وثانياً على فرض وجوده لا فرق بين الاذن السابق واللاحق حسبما عرفت، مع أنّ ظاهره هو الثاني، أعني اقتضاء الاذن في البيع الاذن في التملّك، فتدبّر.

٢١٣ ـ قوله‌: (من منافاته لحقيقته ...الخ)[2].

أقول: يمكن منع المنافاة؛ فانّ المبادلة إنّما تكون بين المالين، ولا يلزم في تحققها دخول هذا في ملك من خرج منه الآخر، نعم مقتضى اطلاقها هذا، ومرادنا من قولنا إنّ المبادلة إنّما تكون بين المالين أنّها عبارة عن مجرد اعتبار كون هذا في مقابل ذاك، أو عوضاً عنه، من غير نظر إلى من ينتقل إليه وعنه، وهذا الاعتبار قد يكون بملاحظة تبديل ملكية هذا بملكية ذاك، وقد يكون بملاحظة اخراجه عن ملكه من دون تبديل الملكية، وقد يكون بملاحظة اتلافه عليه، فالأول كالبيع المعروف، والثاني كبيع ماله لغيره، فانّ المقابلة بين المالين إنّما هي بلحاظ التمليك الواقع منهما، والثالث كما في اعطاء عوض التالف عند كون شيء عوضاً عن آخر أعم من الجميع، ولا يلزم أنْ يكون بملاحظة تبديل الملكتيين دائماً، فانّا لا نعقل مانعاً من أنْ يجعل ماله عوضاً عما اعطاه الطرف الآخر لغيره، لا بمعنى أنْ يكون عوضاً عن الاعطاء، بل عوضاً عن نفس ذلك الشيء، لكن بملاحظة اعطائه،

---

(١) في نسخة «ب» (لا اقتضاء الاذن في الاذن التملك) والظاهر ان المراد ولا اقتضاء الاذن في البيع الاذن في التملك.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٦.

ولذا لا يعد قوله لغيره «خذ مالي واشتر به لنفسك طعاماً» من المنكرات.

ويؤيد ما ذكرنا صحة أداء دين الغير من كيس نفسه، مع أنَّ المقبوض عوض عن الكلي المملوك في ذمة هذا، مع أنّه لا يمكن[١] أنْ يستفاد ما ذكرنا من جملة من الأخبار:

منها: خبر موسى بن بكر عن حديد قال: (قلت لأبي عبدالله عليه السلام يجيء الرجل يطلب مني المتاع بعشرة آلاف درهم أو أقل أو أكثر وليس عندي إلا ألف درهم، فأستعيره من جاري فآخذ من ذا ومن ذا فأبيعه، ثم أشتريه منه أو آمر من يشتريه فأرده على أصحابه ؟ قال عليه السلام: لا بأس به)[٢].

٢١٤ ـ قوله قدس سره: (يظهر اندفاع اشكال ...الخ)[٣].

أقول: وذلك لأنَّ المشتري وإنْ كان مملكاً للثمن للغاصب، ومسلّطاً له عليه مطلقاً على تقديري الرد والاجازة، مع علمه بعدم كونه مستحقاً له، إلا أن هذا لا يرجع إلى التمليك المجاني وبلا عوض، بل بعد البناء على أنّه مالك للمعوض فبحسب هذا البناء منه ومن الغاصب إنّما يملكه بعنوان المعاوضة والمبادلة، فلا يخرج ما قصده وأنشأه عن كونه مبادلة حقيقية، ولا مانع من إجازة المالك لهذه المبادلة لنفسه، لأنّه إذا قال «ملكتك» فكأنّه قال ملكت المالك، وأنت المالك؛ لما عرفت من أنَّ الحكم الثابت لشيء من حيثية تقييدية ثابت في الحقيقة لنفس تلك الحيثية، فلا يرجع بالاجازة إلى البيع بلا ثمن، هذا.

ولا يخفى أنَّ ملاك هذا الاشكال هو كون تمليك المشتري للمثن من البائع مع علمه بعدم استحقاقه تمليكاً مجانياً خارجاً عن حقيقة البيع، والجواب هو ما أشار إليه المصنّف قدس سره، ولا دخل لمسألة جواز رجوعه عليه مطلقاً أو مع بقاء العين، أو عدم جوازه في هذا الاشكال، فانّها مسألة أخرى متفرعة على دفع الثمن إليه مع

---

(١) هكذا في الاصل والظاهر زيادة لفظة «لا».

(٢) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٨.

علمه بعدم استحقاقه، سواء كان حين البيع عالماً بكونه مال الغير أو غير عالم، وهذا الاشكال ليس متفرّعاً على دفع الثمن، ولا على القول بعدم جواز الرجوع فيه، بل إنّما يرد ولو لم يدفعه أو دفعه وقلنا بجواز رجوعه عليه مع وجوده أو مطلقاً.

والحاصل: أنّ مناط وروده ادّعاء أنّ المشتري مع هذا العلم لا يكون قاصداً للبيع حقيقة، بل قاصد للتمليك المجاني، والدفع ما ذكرنا، وهذا مراد العلامة في عبارته المتقدمة من أنّ الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل، وليس نظره إلى أنّ الرجوع على الغاصب جائز للمشتري أو لا.

فتفريع المصنّف‌ﷺ ورود الاشكال على القول بعدم الرجوع ليس في محله، والمسألة المشار إليها مناطها الدفع مع العلم بعدم الاستحقاق حين الدفع، من غير فرق بين العلم به حين البيع أيضاً وعدمه، وإلا فلم يقل أحد بوجوب الدفع إلى الغاصب من جهة هذا التمليك.

ومما ذكرنا ظهر أنّ الاشكال المذكور ليس مبنياً على القول بالنقل، بل يرد على القول بالكشف أيضاً، بعد كون مناطه عدم صدق التمليك المعاوضي، وعدم تحقق حقيقة المبادلة.

٢١٥ ـ قوله‌ﷺ: (وأقول هذا الاشكال ...الخ)(١).

أقول: حاصل مرامه‌ﷺ أنّ ورود هذا الاشكال مبني على أمور:

أحدها: تسليم ما نقل عن الأصحاب من عدم جواز الرجوع في الثمن مع الرد.

الثاني: كون التسليط مطلقاً، لا مراعى بعدم الاجازة.

الثالث: بناءً على كون الاجازة ناقلة.

ومع فقد أحد هذه الأمور لا يتوجه الاشكال من أصله ليحتاج إلى ما ذكرنا من الدفع.

قلت: قد عرفت ما فيه، فانّ مقتضى المناط الذي ذكرنا عدم الفرق حسبما بيّنا،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٨.

فتدبّر.

٢١٦ـ **قوله**ﷺ: **(ومن هنا يعلم أنّ ما ذكره ...الخ)**[١].

أقول: وذلك لأنّ بطلان البيع لنفسه الذي ذكره في التذكرة ونفى عنه الخلاف إنّما هو من حيث كونه لنفسه وبلا إجازة، ولا ينافي كونه صحيحاً للمالك إذا أجازه، فلا وجه لما ذكره من بطلانه مطلقاً حتى مع إجازة المالك، ونسبه إلى نفي الخلاف في التذكرة، إلا أنْ يكون مراده أيضاً ذلك، أعني البطلان من حيث كونه لنفسه، لا البطلان حتى مع الاجازة، لكنه خلاف ظاهر كلامه، فانّ ظاهره البطلان مطلقاً.

قلت: لكن الذي حكم في الرياض ببطلانه مطلقاً، ونسبه إلى التذكرة صورة خاصة وهي ما إذا باع عيناً شخصية من مال الغير لنفسه بقصد أنْ يشتريها ويعطيها للمشتري، ولا يبعد دعوى بطلانها مطلقاً، بل عدم الخلاف فيه من جهة الأخبار الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده، قال (ولو باع الفضولي لم يلزم إجماعاً، بل لم يصح إذا كان البيع لنفسه لا للمالك، فيمشي إلى المالك فيشتريها منه، كما صرّح به جماعة كالعلامة في جملة من كتبه كالمختلف[٢] والتذكرة[٣] مدعياً فيها عدم الخلاف فيه بين الطائفة، والمقداد في شرح الكتاب منزلين الأخبار المانعة عن بيع ما لا يملك، والناهية عن شراء المغصوب والسرقة كما في المعتبرة المستفيضة على ذلك، فلا ينبغي الاشكال فيه، وإنْ شمله عموم بعض أدلة صحة الفضولي وفتاويه، وإذا لم يكن البيع كذلك ففي صحته قولان)[٤] انتهى.

نعم، يظهر من بعض من ذَكَرَ الأخبار الناهية عن شراء المغصوب والسرقة أنّ كلامه في الأعم من هذه الصورة، بل في مطلق البيع لنفسه مع علمه بعدم كونه له، وأما التذكرة فنفي الخلاف فيها مختص بالصورة المذكورة، قال (لا يجوز أنْ يبيع

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٨٩.
(٢) المختلف ٥: ٥٥.
(٣) التذكرة ١: ٤٦٣.
(٤) الرياض ٥: ٦٣.

عيناً لا يملكها ويمضي ليشتريها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافاً؛ لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك، ولاشتماله على الغرر)[1].

والانصاف أنّ اشكال المصنّف على سيد الرياض في محله، فانّ الكلام في الفضولي إنّما هو في الصحة للمالك مع إجازته، والبطلان في الصورة المفروضة، وفي بيع المغصوب والسرقة إنّما هو بلحاظ كونه للبائع بلا إجازة، ونفي الخلاف في التذكرة أيضاً ناظر إلى هذا اللحاظ، ولا ينافي صحته بالاجازة للمالك أو للعاقد بعد ما صار مالكاً إذا أجاز، فتأمل.

وبالجملة: هاهنا مسألتان:

إحداهما: هل يصح بيع مال الغير بغير إذنه إذا أجاز، وهذا لا فرق فيه بين كونه للمالك أو لنفسه بعنوان الغصبية أو لا به، حتى إذا باع بقصد أنْ يشتريه ويدفعه إلى المشتري، وهذه مسألة بيع الفضولي الذي هو محل الخلاف، وإنْ كان القول بالتفصيل بين هذه الاقسام موجوداً أيضاً.

الثانية: إذا باع مال الغير لنفسه بقصد أنْ يشتريه ويعطيه، أو بقصده الغصب هل يصح للبائع من أول الأمر، أو يصح ولو ملكه بعد ذلك وأجاز، أو لو لم يجز، أو لا يصح مطلقاً ولو ملكه وأجاز ؟

وحكم هذه المسألة أنّه لا اشكال في عدم الصحة للبائع من الأول، وأما صحته إذا ملك وعدم صحته مطلقاً أو على التفصيل فسيأتي البحث عنها، ولو قلنا فيها بعدم الصحة أمكن أنْ يقال بالصحة بالنسبة إلى المالك الأول إذا أجازه لنفسه.

وسيد الرياض خلط بين المسألتين، و حكم بعدم الصحة مطلقاً حتى بالنسبة إلى المالك إذا أجاز، ونسبه إلى نفي الخلاف في التذكرة، وهو في غير محله.

ودعوى: أنّه إنّما ذكر ما هو مختاره، ومختاره البطلان مطلقاً سواء أجاز المالك أو ملك هو وأجاز أو لا.

مدفوعة: بأنّ ظاهره أنّ محل الكلام في غير هذه الصورة؛ فلذا نسب إلى التذكرة

---

(١) التذكرة ١: ٤٦٣.

نفي الخلاف فيه.

٢١٧ ـ **قوله**ﷺ: **(أو في ذمة الغير** ...الخ)[١].

أقول: اعلم أنَّ كون ما يرد عليه البيع الصادر من الفضولي كلياً في الذمة له صورتان:

إحداهما: أنْ يكون كذلك قبل البيع، كأنْ يكون للمالك على غيره ـ ولو كان ذلك الغير هو الفضولي ـ مناً من الحنطة، أو عشرة دراهم فيجعله الفضولي مثمناً أو ثمناً في البيع.

الثانية: أنْ يكون كذلك بهذا البيع لا قبله، كما إذا باع مناً من الحنطة في ذمة المالك، أو يشتري شيئاً له بعشر دراهم في ذمته.

وإلى الثانية نظر المصنِّفﷺ بقوله (ومنه جعل العوض ثمناً ...الخ)، والظاهر أنَّ مراده من أول العنوان هو الصورة الأولى، وعلى هذا فمراده من لفظ الغير المضاف إليه لفظ الذمة غير المالك ممن له عليه كلي، ومن لفظ الغير الأول والأخير غير الفضولي العاقد، وهو المالك.

ولا يخفىٰ أنَّه لو قال «أو في الذمة» بدل قوله «في ذمة الغير» كان أولى؛ لسلامته عن لزوم التفكيك في لفظ الغير، وكونه أعم من الصورتين، فيحسن التغيير حينئذٍ بقوله (ومنه جعل العوض ...الخ) لكونه أشارة إلى الفرد الخفي، بعد كون العبارة الأولى شاملة له، بخلافه على العبارة الموجودة، فانَّه مغاير لما أريد من العبارة الأولى؛ إذ هي متكفلة لبيان الصورة الأولى، وهذا الثانية، فيكون معنى قوله «ومنه» ومن قبله أو مما يلحق به مثلاً، والأمر سهل بعد وضوح الحال.

٢١٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم إنَّ تشخيص كون** ...الخ)[٢].

أقول: يمكن أنَّ يكون لفظ «كون» زيادة من قلم الناسخ، ويمكن أنْ يكون قوله (الذي يعقد عليه الفضولي) اسماً له، ويكون قوله (إما في الذمة) خبراً له، يعني

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٠، وفي نسخة «او ديناً في ذمة الغير».

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٠. في بعض النسخ شطب على لفظة «كون».

تشخيص كون الذي يعقد عليه الفضولي هو ما في الذمة؛ فيكون لفظ الكون مضافاً إلى خبره، ثم إنّ حكم الصورة الأولى لما كان واضحاً؛ حيث إنّ حالها حال العين الشخصية لم يتعرّض لها، وإنّما تعرّض لحكم الصورة الثانية.

٢١٩ ـ **قوله**ﷺ: **(كالقواعد والمبسوط** ...الخ)[١].

أقول: وكالتذكرة في عبارتها الآتية، بل سيأتي أنّ ظاهرها دعوى الاتفاق عليه.

٢٢٠ ـ **قوله**ﷺ: **(في بعض فروع** ...الخ)[٢].

أقول: قال في القواعد في باب المضاربة (وليس له أنْ يشتري من ينعتق على المالك إلا باذنه، فانْ فعل صح، وعتق وبطلت المضاربة في ثمنه، فانْ كان كل المال بطلت المضاربة، ولو كان فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته، والوجه الأجرة، وإنْ لم يأذن فالأقرب البطلان، إنْ كان الشراء بعين المال أو في الذمة وذكر المالك، وإلا وقع للعامل مع علمه، وفي جاهل النسب أو الحكم اشكال)[٣].

وفي الشرائع (إذا اشترى من ينعتق على رب المال فانْ كان باذنه صح ...إلى أنْ قال: وإنْ كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل، وإنْ كان في الذمة وقع الشراء للعامل إلا أن يذكر رب المال)[٤] انتهى.

وظاهرهما كما ترىٰ وقوع الشراء له واقعاً وظاهراً مع عدم الذكر، الذي ظاهره الذكر اللفظي، ويحتمل أنْ يكون المراد به الأعم من اللفظي والقصدي كما حمل عليه في الجواهر عبارة الشرائع، حيث قال (وقع الشراء للعامل ظاهراً وباطناً، إلا أنْ يذكر رب المال لفظاً فيكون فضولياً، أو نيةً فكذلك، وإنْ ألزم به ظاهراً، إلا أنّه في الواقع موقوف على إجازة المالك، فمع فرض عدمها كان له بيعه ـ وإنْ كان أباه ـ مقاصةً، كما هو واضح)[٥].

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩١.
(٣) القواعد ١: ٢٤٧.
(٤) شرائع الاسلام ٢: ٣٨٦.
(٥) جواهر الكلام ٢٦: ٣٨٤.

٢٢١ـ **قولهﷺ: (وحيث عرفت أنَّ لازم ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفىٰ عدم تمامية العبارة، والظاهر أنَّ لفظة «لازم» زيادة من قلم الناسخ، أو سقط منه لفظة «أنْ» على قوله يوجب، وكانت العبارة أنْ يوجب، والأمر سهل.

٢٢٢ـ **قولهﷺ: (ففي الأول يحتمل البطلان ...الخ)**[٢].

أقول: إنْ قلنا بجواز الشراء للغير بمال نفسه أو العكس فلا اشكال في الصحة في الصورة الأولى بلا حاجة إلى الاجازة، وكذا في الثانية مع إجازة ذلك الغير، وإنْ قلنا بمقالة المصنِّف من عدم الصحة فمقتضى القاعدة البطلان فيهما جزماً؛ وذلك لأنَّ المفروض أنَّه قاصد للقيدين عن جدٍ، وهما متنافيان، فلا وجه لالغاء أحدهما، والأخذ بالآخر.

ثم من المعلوم عدم الفرق بين الصورتين من حيث كونهما من الجمع بين المتنافيين، فلو بنينا على ترجيح أحد القيدين وإلغاء الأخر لا وجه للفرق بينهما كما هو ظاهر المصنِّفﷺ؛ حيث إنَّه في الصورة الأولى احتمل إلغاء أحد القيدين لا على التعيين، وفي الثانية بنى على إلغاء ذمة الغير، فانْ كان نظره إلى الأظهرية فهما سواء في ذلك، وإنْ كان نظره إلى ترجيح ما يكون مقدماً في اللفظ، فمقتضى ذلك أنْ يحكم في الأولى أيضاً بالغاء قيد ذمة نفسه، والحكم فيها بالصحة لذلك الغير بشرط اجازته؛ لتأخره في اللفظ.

والانصاف أنَّ البطلان في الصورتين مقطوع به، ولا وجه لهذه الاحتمالات أصلاً؛ لأنَّ العاقد ليس بهازل في شيء من القيدين، بل لعله ممن يحتمل صحة الشراء على هذا الوجه، ومع فرض علمه بعدم الصحة لا يتحقق منه قصد الشراء حقيقة، ومن العجب ما ذكره المصنِّفﷺ من أنَّ المسألة تحتاج إلى التأمل.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩١. وفي بعض النسخ شطب على لفظة «لازم».

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٢.

٢٢٣ ـ قولهﷺ: (وإنْ كان في الذمة لغيره واطلق ...الخ)[١].

أقول: الظاهر أنَّ مراده جعل الثمن كلياً في الذمة، من غير إلتفات إلى كونه في ذمة نفسه أو غيره، إلا أنَّه قصد كون الشراء للغير من غير أنْ يذكره في اللفظ، وعلى هذا فيكون قوله «للغير» خبراً بعد خبر، وأما احتمال كون مراده جعله في ذمة نفسه فهو منافٍ لما حكم به من الصحة للغير إنْ أجاز، وكون الاداء واجباً على ذلك الغير؛ لأنَّ لازم ذلك إما البطلان أو الصحة مع كون الثمن على المباشر إنْ قلنا بصحة الشراء للغير بمال نفسه، كما أنَّ احتمال كون المراد جعله في ذمة ذلك الغير، بأنْ يكون قوله «للغير» قيداً لذمته، لا خبراً بعد خبر منافٍ لما ذكره بقوله (لأنَّه تصرف في ذمته، لا في مال غيره) إذ مراده أنَّه تصرف في ذمة نفسه، لا في ذمة غيره كما هو واضح.

والحاصل: أنَّ الظاهر من مجموع العبارة ما ذكرنا، من أنَّ المراد الشراء في الذمة، بمعنى عدم كون الثمن عيناً خارجياً من غير تعيين لذمة النفس أو الغير، ومن غير التفات إلى ذلك، لكن مع قصد كون الشراء للغير، وحينئذٍ فيمكن تطبيقه على القاعدة أيضاً، بدعوى أنَّ مقتضى شراء شيء في الذمة كون المباشر ملزماً به، والحكم بكونه في ذمته لا من جهة الانصراف، بل من باب الحكم العرفي بذلك، وإنْ أغمض عن الانصراف أيضاً، إلا إذا عين كونه في ذمة الغير، فحينئذٍ ينصرف إلى ذلك الغير، أو قصد كون الشراء لذلك الغير فحينئذٍ يجوز له أنْ يمضيه، ويكون الثمن في ذمته، ومع عدم امضائه فالحكم العرفي الزام المباشر.

وبالجملة: إذا اطلق الذمة والشراء لفظاً وقصداً كون الشراء له، والثمن في ذمته، وإذا اطلقهما لفظاً لا قصداً تعين كونه لمن قصد، وإذا أطلق الذمة لفظاً وقصداً وقصد كون الشراء للغير فهو موقوف على إجازة ذلك الغير، فانْ أجاز تعين له، وإلا كان الملزم به هو المباشر واقعاً وظاهراً، ولا يضر كون المعاملة حينئذٍ مرددة بين

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٢.

المباشر والمنوي؛ لأنّ إما أنْ يقع منه الاجازة في علم الله وفي الواقع أو لا، فعلى الأول فهي له، وعلى الثاني فهي للمباشر، وأما في القصد فلا ترديد؛ إذ المفروض أنّه قصد كون الشراء للغير، وأما الذمة فقد أطلقها ـ بمعنى أنّه قصدها من غير إلتفات إلى النفس أو الغير ـ والعمومات غير آبية عن شمول مثل هذه المعاملة، هذا غاية ما يمكن أنْ يقال في توجيه كلام العلامة، فتدبّر.

٢٢٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا فرق بين أنْ ينفذ ...الخ)**[١].

أقول: معنى انفاذه من مال الغير اعطاء ثمنه من ماله، ويحتمل أنْ يكون ينقد بالقاف والدال المهملة.

٢٢٥ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنّه إنْ جعل المال في ذمته بالأصالة ...الخ)**[٢].

أقول: قد عرفت أنّ مراد العلامة من قوله «في الذمة» ليس ذمة نفسه حتى يجيء هذا الترديد، بل الذمة من غير التفات إلى نفسه وغيره، وحينئذٍ فطريق الايراد عليه أنْ يقال إنّه وإنْ أطلق الذمة إلا أنّ تعيينه كون الشراء لذلك الغير ـ ولو بحسب قصده ـ يقتضي التعلق بذمته، وإنْ لم يلتفت إليه، والحكم العرفي بالزامه بالثمن ـ حتى مع اطلاعهم على قصده ـ كون البيع لغيره ممنوع، فتدبّر.

٢٢٦ ـ **قوله**ﷺ: **(لو ألغى النية بناءً على ...الخ)**[٣].

أقول: لا وجه لالغائها بعد فرض كونها عن جد، والانصراف القهري كما ترىٰ.

٢٢٧ ـ **قوله**ﷺ: **(فمع الاشكال في صحة هذا ...الخ)**[٤].

أقول: لم أعرف وجه الاشكال في صحة هذه النيابة الفضولية إذا أجازها باجازة البيع، بل الفضولي في جميع المقامات يتصور على وجهين، أحدهما أنْ يبيع مال الغير مع عدم البناء على النيابة عنه، والثاني أنْ يبيع عنه بعنوان النيابة، فاذا أجاز

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٣. وفي نسخة اخرى «ينقد».
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٣.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.

المالك البيع على هذا الوجه فكأنه أجاز النيابة أيضاً، فاذا ترتب عليها أثر يترتب ذلك الأثر، ودعوى أنَّ النيابة غير قابلة للفضولية كما ترىٰ.

ثم على فرض عدم صحة هذه النيابة لا وجه لاحتمال عدم رجوعه إلى الشراء في ذمة الغير؛ إذ مع هذه النية يرجع إلى الشراء في ذمته في اللب قطعاً.

٢٢٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ونص عليه جماعة ...الخ)**[١].

أقول: قال في الشرائع (وكل موضع يبطل فيه الشراء للموكل للمخالفة فانْ كان سماه لم يقع عن أحدهما، وإنْ لم يكن سمّاه قضي به على الوكيل في الظاهر، وأخذ المبيع مقاصة، وكذا لو أنكر الموكل الوكالة)[٢].

٢٢٩ ـ **قوله**ﷺ: **(لكنه بعيد ...الخ)**[٣].

أقول: بل غير ممكن بملاحظة تعليله؛ حيث قال (لأنّه عقد الشراء له فانْ أجازه ...الخ)[٤]، فانَّ مقتضاه مفروغية كون قصده ذلك، وهذا منافٍ للحمل على الالتزام في الظاهر؛ إذ هو فرع الجهل بكونه قاصداً لنفسه أو لغيره، وبالجملة مورد كلامه صورة العلم بكون قصده وقوع الشراء للغير، فالحكم بالزامه بالثمن مع عدم اجازته لا يكون إلا واقعياً، فتدبّر.

٢٣٠ ـ **قوله**ﷺ: **(والظاهر أنّه لا فرق ...الخ)**[٥].

أقول: مجمل المطلب أنّه إما أنْ نقول إنَّ المعاطاة مفيدة للملك، وهي على طبق القاعدة، أو نقول إنّها على خلاف القاعدة، وعلى التقديرين إما أنْ نقول إنَّ الفضولي على القاعدة، أو نقول إنّه ثبت على خلافها من جهة الأدلة الخاصة.

فعلى القول بكونهما على القاعدة لا ينبغي التأمل في جريانه فيها؛ إذ البيع المعاطاتي مشمول للأدلة مثل البيع بالصيغة، ولا فرق بين الانشاء بالقول أو الفعل

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.
(٢) شرائع الاسلام ٢: ٤٣٣.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.
(٤) التذكرة ١: ٤٦٣.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٤.

في عدم وجوب الاقتران بالرضا أو وجوبه، وهذا واضح، وأما ما احتمله المصنّف‏ من كونها عبارة عن مجرد الرضا فهو كما ترىٰ.

وعلى بقية التقادير الحق عدم جريانه فيها؛ لأنَّ ما ثبت على خلاف القاعدة يجب الاقتصار فيه على مورد الدليل، ومن المعلوم أنَّ الأدلة الخاصة للفضولي مشكوكة الشمول للمعاطاة، كما أنَّ دليل المعاطاة ـ بناءً على كونه هو السيرة ـ لا يشمل الفضولي؛ فيجب الاقتصار على القدر المتيقن.

٢٣١ ـ **قوله‏: (حيث إنَّ الظاهر وقوع** ...الخ)[1].

أقول: ليت شعري من أين هذا الظهور، إلا أنَّ يقال السيرة الموجودة الآن على عدم اجراء الصيغة كانت موجودة في السابق، لكنه مجرد دعوى، ولو تمسك بترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس بعد فرض صدق البيع على البيع المعاطاتي كان أولى، فتدبّر.

٢٣٢ ـ **قوله‏: (إذ قد لا يحتاج** ...الخ)[2].

أقول: وأيضاً قد يقبض بتخيّل أنّه مأذون في التصرف، أو بتخيّل أنّه ماله أو نحو ذلك.

٢٣٣ ـ **قوله‏: (مع أنَّ النهي لا يدل** ...الخ)[3].

أقول: وذلك لعدم تعلّقه بالاقباض من حيث إنّه بيع، بل به من حيث إنّه تصرف في ملك الغير.

٢٣٤ ـ **قوله‏: (فلا ينافي كونه جزء سبب** ...الخ)[4].

أقول: فيه تأمل؛ فانّه لو فرض تعلّق النهي به بعنوان أنّه بيع كان دالاً على عدم ترتب الأثر المترتب لولا النهي، وذلك الأثر ليس إلا الملكية مع لحوق الرضا،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.

وبعبارة أخرى الأثر المقصود منه ليس إلا كونه جزء السبب، فيرتفع هذا الأثر بالنهي، فتأمل.

٢٣٥ ـ قولهﷺ: **(بأنَّ المعاطاة منوطة ...إلى قوله ومشروطة أيضاً ...الخ)**[١].

أقول: ظاهره أنّهما وجهان، مع أنَّ مفادهما واحد، إلا أنْ يريد من الأول أنّها عبارة عن مجرد الرضا وقصد التمليك حسبما يحتمله المصنّفﷺ بعد ذلك، لكنه بعيد، ولعل المراد من الأمرين واحد، وحاصله أنَّ المعاطاة منوطة بالرضا والقبض المقرون به، ولا يتأتى ذلك إلا من المالك، لكنه لا يحتاج إلى هذا التطويل.

وكيف كان فهذا الاستدلال مما لا وجه له أصلاً؛ إذ لا فرق بين الانشاء الفعلي والقولي في الاناطة بالرضا وقصد التمليك حسبما ذكره المصنّفﷺ، والغرض أنّه لا حاجة في جوابه إلى إطالة الكلام.

٢٣٦ ـ قولهﷺ: **(لكنك قد عرفت ...الخ)**[٢].

أقول: مع أنَّ ظاهره ابداء الفرق إلا من هذه الجهة كما لا يخفى.

٢٣٧ ـ قولهﷺ: **(نعم لو قلنا إن ...الخ)**[٣].

أقول: هذا الاحتمال لا وجه له أصلاً، خصوصاً بناءً على كونها بيعاً مفيداً للملك كما هو المفروض، لا من جهة أنّه غير مقصود للعلماء كما ذكره المصنّفﷺ، بل من جهة أنَّ مجرد الرضا الباطني من دون انشاء لا يعقل أنْ يكون بيعاً، ولو أمكن هذه الدعوى في المعاطاة أمكن في البيع اللفظي أيضاً أنْ يقال إنَّ حقيقته هو الرضا، واللفظ ليس سبباً، وإنّما هو كاشف صرف، فتأمل.

٢٣٨ ـ قولهﷺ: **(وأما على القول بالاباحة ...الخ)**[٤].

أقول: وكذا على القول بالملك إنْ جعلناه على خلاف القاعدة حسبما أشرنا إليه

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٥.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٦.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٦.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٧.

آنفاً.

٢٣٩ ـ قولهﷺ: **(مع أنَّ حصول الاباحة** ...الخ)[١].

أقول: لم أعرف الفرق بين الملكية والاباحة في ذلك، فلو لم يمكن حصول الاباحة قبل الاجازة فكذا الملكية، مع أنَّ هذا إنَّما يرد على الكشف لا على النقل.

٢٤٠ ـ قولهﷺ: **(والآثار الأخر** ...الخ)[٢].

أقول: هذا أيضاً كسابقه من عدم الفرق بين الاباحة والملكية، والتحقيق أنَّ الاباحة الواقعية كافية كالملكية الواقعية، والغرض أنّه لا وجه للاطالة بذكر هذه الوجوه، والجواب بمثل قوله «اللهم إلا أنْ يقال»، ومجمل المطلب ما أشرنا إليه من أنّه لو كان كل من المعاطاة والفضولي على القاعدة لا اشكال في جريانه فيها، وإلا فلا وجه له لوجوب الاقتصار على القدر المتيقن، وجميع ما ذكر غير ما ذكرنا تطويل بلا طائل كما عرفت.

وهنا أُمور أُخر لم يتعرّض لها المصنّفﷺ لا بأس بالاشارة إليها إجمالاً:

أحدها: هل يختص الفضولي بناءً على صحته بالبيع والنكاح ـ مما هو منصوص بالخصوص ـ أو يجري في سائر العقود، بل الايقاعات أيضاً، ففي الجواهر بعد الاستدلال على صحته بجملة من الأدلة والتأييد بالأخبار الواردة في باب الخمس من طلب الاجازة من الامامؑ فأجاز، ونصوص المناكح والمساكن، سيما ما صرح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجواري المشتملة على إجازة الامامؑ ذلك لأهل الحق، وأخبار إجازة السيد عقد العبد، وإجازة الوارث ما زاد على الثلث، وغير ذلك كأخبار التصدّق بمجهول المالك ونحوها، قال (ومنه يظهر عدم اختصاصه بالنكاح والبيع، بل في الروضة[٣] أنّه لا قائل باختصاصه بهما، بل عرفت مما قدمناه سابقاً جريانه في العقود وغيرها من الأفعال كالقبض ونحوه،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٧.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٧.
(٣) الروضة البهية ٥: ١٤٢.

والأقوال التي رتب الشارع عليها الأحكام، إلا ما خرج بالدليل كما أومىء إليه في شرح الاستاذ[1]، قال وفي جري الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات كالأخماس والزكوات وأداء النذور والصدقات ونحوها من مال من وجبت عليه أو من ماله، وفيما قام من الأفعال مقام العقود ونحوه، وكذا الايقاعات مما لم يقم الاجماع على المنع فيها وجهان، أقواهما الجواز، ويقوى جريانه في الاجازة، وإجازة الاجازة وهكذا، ويتفرّع عليها أحكام لا يخفىٰ على ذوي الأفهام)[2] انتهىٰ.

قلت: إنْ قلنا بأنّه بمقتضى القاعدة، وأنّ العمومات العامة مثل قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ و (المؤمنون عند شروطهم)، والخاصة مثل ما ورد في خصوص كل من الأبواب شاملة لما صدر من الفضولي فالحق جريانه في الجميع إلا ما خرج بالاجماع مثل الطلاق، وإلا فاللازم الاقتصار على مورد النصوص الخاصة، وما ذكره في الروضة من عدم القائل بالاختصاص بالبيع والنكاح لا ينفع ما لم يصل حد الاجماع المركب، مع أنّه مقتضٍ للتعميم في الجملة، ولا ينفع في الكلية، وحيث عرفت سابقاً الاشكال في صحة التمسك بالعمومات فيشكل الحال، ولا يبعد دعوى الاجماع على عدم الفرق بين البيع والاجارة والصلح القائم مقامهما، وأما بالنسبة إلى سائر العقود اللازمة والجائزة والايقاعات فاشكال.

الثاني: قد عرفت سابقاً فيما سبق أنّ الفضولي بالمعنى العام كل من تصرّف فيما لم يستقل بالتصرف فيه، سواء كان من جهة عدم كونه مالكاً أو من جهة إناطة تصرفه في نفسه أو ملكه باذن الغير، كبيع الراهن والمفلس ونكاح العبد والباكر ونحوها.

وأما من لم يكن في تصرفه محتاجاً إلى إذن الغير، ولكن كان في نفوذه موقوفاً عليه فلا ينبغي عدّه من الفضولي، فمثل الوصية ومنجزات المريض بناءً على الخروج من الثلث لا يكون منه، فلا وجه لعدِّهما منه كما في الجواهر[3]، وكون

---

(١) شرح القواعد ١٦٧.
(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٠.
(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٩.

النفوذ موقوفاً على إجازة الوارث لا يوجب جريان حكم الفضولي عليه، ولذا لا يجري فيهما الخلاف فيه.

ثم لا يخفىٰ أنَّ القسم الثاني من الفضولي ليس حاله حال القسم الأول كما أشرنا إليه سابقاً، فانَّ العمومات وإنْ لم تكن شاملة على المختار للقسم الأول إلا أنّها شاملة للثاني؛ لأنَّ العقد فيه صادر ممن له ذلك، غاية الأمر تعلّق حق الغير به، فاذا رضي يرتفع المانع؛ ولذا نقول إنَّ بيع الراهن يصح إذا انفك الرهن وإنْ لم تحصل الاجازة من المرتهن، بل لا معنى لاجازته؛ لأنّه ليس له إلا حق المنع، وأما من له العقد فهو الراهن، وهكذا في المفلس، بل معنى الاجازة فيهما اسقاط الحق، ومن هنا حكم جماعة ـ بل ربما يدعى أنّه المشهور ـ أنّه لو أعتق الراهن العبد المرهون فأجاز المرتهن أو انفك الرهن صح، مع أنَّ العتق لا يقبل الفضولية، وسيجيء[1] بعض الكلام في هذا القسم في مسألة الاجازة، حيث إنَّ إجازته غير الاجازة في الفضولي المصطلح.

الثالث: إذا تصرف في مال المولّى عليه بتخيّل عدم المصلحة، وكان في الواقع ذا مصلحة فهل هو فضولي أو لا ؟ وجهان، وكذا لو تصرف بعنوان الفضولية فبان كونه ولياً أو وكيلاً، وأما لو باع مال نفسه لنفسه بتخيّل الغصبية فالظاهر عدم كِونه من الفضولي، وكذا لو باع مال مورثه لنفسه فبان كونه ميتاً .

الرابع: بناءً على جريان الفضولي في الوكالة لو أجرى صيغة الوكالة فضولاً فباع بعنوانها مال الغير فالظاهر أنَّ للمالك أنْ يجيز الوكالة فيصح البيع، وأنْ يجيز البيع من دون إجازة الوكالة، ويظهر الثمرة فيما لو كان للوكالة أجرة، ولو وكل في طلاق زوجة الغير فأجاز الزوج الوكالة لا يبعد الحكم بصحة الطلاق، وأما إجازة الطلاق فلا يجوز للاجماع على عدم قبوله للفضولية، فتدبّر .

---

(١) تعليقة ٣١١.

الاجازة والرد

❑ هل الاجازة كاشفة أو ناقلة

٢٤١ ـ **قوله**ﷺ: **(على قولين فالأكثر** ...الخ)[١].

أقول: حكي عن الاردبيلي[٢] نسبة القول الأول إلى الأكثر كما في الكتاب، وعن الرياض[٣] نسبته الى الأشهر، وربما ينسب الى المشهور، بل قيل لم نقف على القول بالنقل صريحاً من القائلين بصحة الفضولي، ولعله لأنَّ من نقل عنه القول بالنقل ـ وهو فخر المحققين ـ إنَّما قال به بعد التنزّل، وإلا فمذهبه البطلان، وكذلك الاردبيلي، وعن العلامة في القواعد التردد، حيث قال (وفي وقت الانتقال اشكال)[٤]، وربما قيل إنَّ ظاهر كثير منهم التوقف بين القولين وإنْ كان يرجع في الثمرة إلى القول الثاني.

ثم إنَّ القول بالكشف يتصوّر على وجوه:

أحدها: الكشف الحقيقي الصرف، بمعنى عدم مدخلية للاجازة في التأثير أصلاً، بل كونه كاشفاً صرفاً، وهو أيضاً يتصور على وجوه:

أحدها: أنْ يكون العقد مشروطاً بالرضا المقارن الأعم من الفعلي والتقديري، بمعنى كون المالك راضياً على فرض التفاته إليه وإلى ما فيه من المصلحة، وإنْ لم يكن بالفعل راضياً، بل كان كارهاً من جهة غفلته أو جهله بالمصلحة، فالاجازة الآتية في المستقبل كاشفة عن حصول الشرط حين العقد، ولا مدخلية لها في التأثير أصلاً، وهذا الوجه مختار بعض الأفاضل من المعاصرين.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٩.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٩.

(٣) الرياض ٥: ٦٧.

(٤) القواعد ١: ١٢٤.

الثاني: أنْ يكون مشروطاً بأمر واقعي لا نعرفه، ويكون ذلك الأمر ملازماً للاجازة الاستقبالية، فتكون كاشفة عن حصول ذلك الشرط من غير أنْ يكون لها دخل في التأثير، وذلك الأمر المكشوف عنه مقارن للعقد، وهذا الوجه غاية ما يمكن أنْ يقال في مقام توجيه الشروط المتأخرة في الموارد الواردة في الشريعة، فيقال في جميعها إنَّ الشرط أمر واقعي، وهذا المتأخر كاشف عنه.

الثالث: أنْ لا يكون هناك شرط للعقد أصلاً، لا الرضا ولا الاجازة ولا شيء آخر، نعم الشارع رتّب الأثر على هذا القسم من العقد، لا على القسم الآخر، فالعقد الذي يتعقّبه الرضا في علم الله صحيح من أول الأمر، لا لحصول الرضا، بل لجعل الشارع، والذي لم يتعقّبه لم يجعل مؤثراً، ولعل هذا مراد صاحب الجواهر من الوجه الأول من الوجوه الثلاثة التي ذكرها للقول بالكشف، حيث قال: (وحاصل الكلام أنَّ الوجه في الكشف أحد أمور: الأول أنّه من قبيل الأوضاع الشرعية، على معنى أنَّ الشارع قد جعل نقل المال في الزمان السابق عند حصول الرضا في المستقبل)[١].

ثانيها: الكشف الحقيقي بارجاع الشرط إلى التعقّب، والحكم بكون العقد مشروطاً بأمر إعتباري مقارن، وهو تعقّب الرضا، وهذا الوجه ظاهر جماعة من العلماء منهم صاحب الفصول[٢] على ما أشار إليه في بحث مقدمة الواجب، ومنهم أخوه شيخ المحققين[٣] على ما حكي عنه، مع أنّه ظاهر كلامه في ذلك المبحث، واحتمله صاحب الجواهر، حيث قال: (ـ بعد ما حكم بجواز تأخر الشرط في الشرعيات، وأنّها ليست كالعقليات ـ بل يمكن كونه مثلها بناءً على أنَّ الشرط أنْ يحصل الرضا، لا حصوله فعلاً)[٤].

ثالثها: الكشف الحقيقي، بمعنى كون نفس الاجازة المتأخرة شرطاً، فيكون

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٩.
(٢) الفصول الغروية ٨١.
(٣) هداية المسترشدين ٢١٩.
(٤) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٧.

الشرط وجودها في المستقبل، وهذا ظاهر المشهور، واختاره في الجواهر صريحاً[١]، وإنْ احتمل في آخر كلامه ما نقلناه عنه.

رابعها: ذلك مع ادّعاء أنّ الشرط هو الوجود الدهري للاجازة، وأنّه وإنْ كان بحسب الزمان متأخراً، إلا أنّه بحسب وعائه الدهري مقارن، ويمكن ارجاعه إلى السابق.

خامسها: الكشف الحكمي بمعنى كون الاجازة شرطاً ومؤثرة من حين وجودها، إلا أنّ تأثيرها إنّما هو في السابق، بمعنى أنّها تقلب العقد مؤثراً من الأول، ولعله مراد من قال إنّها ناقلة، إلا أنّه يجري عليها جميع أحكام الكشف، بل مراد صاحب الجواهر من الوجه الثاني الذي ذكره بقوله (الثاني أنْ يكون الرضا المتأخر مؤثراً في نقل المال في السابق كما سمعناه من بعض مشايخنا)[٢].

سادسها: الحكمي، لكن بمعنى ترتيب آثار الكشف بقدر الامكان، لا بمعنى القلب، ولا بمعنى ترتيب جميع الآثار.

ثم لا يخفى أنّ الكشف الحكمي بوجهيه عين القول بالنقل، والفرق أنّ القائلين بالنقل يقولون بترتيب الأثر من حين الاجازة، بخلافه على الكشف الحكمي، فانّ الأثر يترتب من حين العقد، إما بمعنى الحكم بحصول الملكية من حينه فيرتب جميع الآثار، أو بمعنى ترتيب ما أمكن ترتيبه من الآثار، لا أصل الملكية.

ثم إنّه لا ينبغي التأمل في بطلان الوجه الأول من الكشف، أعني الحقيقي الصرف بوجوهه الثلاثة:

أما الأول: فلما عرفت سابقاً من أنّه لا معنى لكفاية الرضا التقديري، مع أنّه قد تنقلب المفسدة مصلحة، فلا معنى للكشف عن الرضا حين العقد، وأيضاً لازمه جواز التصرف مع العلم بالمصلحة للمالك وإنْ لم يعلم بها ولم يجز إلى الأبد، ولا يمكن الالتزام به.

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٩.

وأما الثاني: فلأنَّ دعوى أنَّ الشرط أمر آخر مجهول لنا مقارن للعقد رجم بالغيب، مع أنّه خلاف ظاهر الأدلة، فانَّها ظاهرة، بل صريحة في شرطية نفس الرضا.

وأما الثالث: فلذلك أيضاً، بل في الجواهر[1] أنّه مستلزم لمخالفة كثيرة من القواعد، ولعل مراده منها قاعدة عدم حل التصرف في مال الغير بدون طيب نفسه، وقاعدة شرطية الرضا في العقود، وقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، فتدبّر.

وأما الوجه الثاني ـ وهو شرطية التعقّب ـ ففيه:

أولاً: أنّه خلاف ظاهر الأدلة.

وثانياً: أنَّ العدول عن شرطية الاجازة إليه من جهة التفصّي عن تأخر الشرط، وهذا كرٌّ على ما فرَّ منه، وذلك لأنّه إذا جعلت الاجازة المتأخرة شرطاً يلزم ما ذكروا إذا جعل الشرط وصف التعقّب، ومن المعلوم أنَّ هذا الوصف ليس أمراً إعتبارياً كأنياب الأغوال، بل له منشأ انتزاع صحيح، وهو الوجود المتأخر، فالاتصاف الآن بالتعقب مشروط بوجود متأخر، فانّه لولاه لم يصح الاعتبار.

وإنْ شئت فقل: إنَّ التعقّب ـ الذي هو شرط ـ أمر واقعي؛ إذ لا بدَّ من تحققه ولو لم يكن هناك من يعتبره، وهو موقوف على الوجود المستقبلي، فاذا لم يعقل الشرط المتأخر فلا فرق بين أنْ يكون المشروط العقد أو الملكية أووصف التعقّب، وهذا واضح جداً.

وأما الوجه الخامس ـ وهو الكشف الحكمي بمعنى القلب ـ فهو أيضاً غير معقول؛ إذ ما وقع لا يمكن تغييره عما وقع بالبديهة، مع أنّه مستلزم لاجتماع مالكين على مال واحد.

فبقي من الوجوه الكشف بمعنى الشرط المتأخر، والكشف الحكمي بمعنى الحكم بترتيب أثر الكشف بقدر الامكان، مع الالتزام بالنقل من حين الاجازة، والنقل الحقيقي، وسيتضح ما هو الحق منها، فانتظر.

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٩.

٢٤٢ ـ **قوله**ﷺ: **(بأنَّ العقد سبب تام** ...الخ)[١].

أقول: ظاهره الكشف الحقيقي الصرف، بل الوجه الأخير منه لقوله (وإلا لزم أنْ لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل مع شيء آخر)[٢]، فانَّه لو كان الشرط الرضا التقديري أو أمر آخر مجهول لزم أنْ لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، إلا أنْ يكون المراد من ذلك أنَّه لا بدَّ من أنْ لا يكون هناك حالة منتظرة، فلا ينافي كونه مشروطاً بأمر حاصل حاله، ولذا قال فاذا أجاز تبيّن كونه تاماً، فانَّ معنى ذلك أنَّه يعتبر هناك أمر يتبين وجوده بالاجازة.

٢٤٣ ـ **قوله**ﷺ: **(وبأنَّ الاجازة متعلقة** ...الخ)[٣].

أقول: هذا ظاهر الانطباق على الشرط المتأخر، ويحتمل غيره أيضاً.

٢٤٤ ـ **قوله**ﷺ: **(بأنَّها لو لم تكن كاشفة** ...الخ)[٤].

أقول: لم يتعرّض المصنّفﷺ للجواب عن هذا الوجه، ولعله لوضوح فساده، فانَّ فيه:

أولاً: أنَّ العلل الشرعية معرّفات فلا مانع من كونها معدومة حال وجود الأثر.

وثانياً: أنَّ الاشكال مشترك الورود؛ إذ على القول بالكشف أيضاً يلزم تأثير المعدوم ـ وهو الاجازة ـ في الموجود ـ الذي هو العقد ـ أو أثره ـ وهو الملكية ـ إلا أنْ يقول بالكشف الحقيقي الصرف من غير تأثير للاجازة أصلاً، لكنك عرفت بطلانه.

والأولى أنْ يقال في مقام النقض: أنَّ من المعلوم أنَّ المؤثر إنَّما هو مجموع العقد من الايجاب والقبول، لا القبول فقط، والايجاب معدوم حال القبول، بل أجزاء العقد توجد تدريجاً، واللاحق لا يوجد إلا بعد انعدام السابق، فيلزم تأثير المعدوم في الموجود، إلا أنْ يلتزم بأنَّ المؤثر هو الحرف الأخير من القبول، وهو

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٣٩٩.
(٢) الروضة البهية ٣: ٢٢٩. وجامع المقاصد ٤: ٧٤.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٠.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٠.

واضح الفساد.

وثالثاً: بأنّ المستحيل إنّما هو تأثير المعدوم الصرف في الموجود، كما على القول بالكشف بناءً على الشرط المتأخر، فانّ الاجازة حال العقد معدومة صرفة، وأما المعدوم بعد الوجود فلا مانع من تأثيره كما في جميع الموارد من العلل التدريجية، وأما ما قيل من أنّ العلل الناقصة وأجزاءها تؤثر حال وجودها أثراً ناقصاً فهو لا يتم في مثل المقام مما كان المعلول أمراً واحداً بسيطاً، فانّ الملكية أمر بسيط لا يحصل منها شيء بمجرد الايجاب أو جزء منه، فتدبّر.

ورابعاً: لازم المستدل الحكم بأنّ القبض في الصرف والسلم والرهن ونحوها أيضاً كاشف، وإلا لزم ما ذكره من تأثير المعدوم في الموجود.

وخامساً: يمكن أنْ يقال بناءً على النقل أنّ الاجازة مؤثرة في النقل، لا العقد فانّها لما كانت امضاء لذلك العقد فكأنّها عقد مستأنف، فتذكر هذا.

وفي بعض الكتب تقرير الدليل بوجه آخر، وهو أنّها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير الموجود في المعدوم ـ يعني تأثير الاجازة في العقد ـ.

ويرد عليه أيضاً ـ مضافاً إلى بعض المذكورات ـ أنّه إنّما يلزم لو قيل إنّها مؤثرة في العقد، ويمكن أنْ يقال إنّها مؤثرة في أثر العقد، وهو الملكية، فتدبّر.

هذا، ولعمري إنّ التشبث بهذه الوجوه في الأحكام الشرعية مخرب للفقه، فينبغي عدم الاعتناء بها، وترك التعرّض لها بالمرة.

٢٤٥ ـ **قوله**: **(ودعوى أنّ الشروط ...الخ)**[١].

أقول: المدعي صاحب الجواهر[٢].

٢٤٦ ـ **قوله**: **(واعطاء الفطرة قبل وقته ...الخ)**[٣].

أقول: وقتها ما بعد الهلال، هلال شوال، ويجوز اعطاؤها قبله، لكن التحقيق أنّ

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠١.
(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٦.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٠١.

وقته تمام شهر رمضان إلى الزوال من يوم العيد، وعليه فلا يكون مما نحن فيه.

١ـ قوله ﷺ: **(مدفوعة بأنّه لا فرق...الخ)**[١].

أقول: مراد صاحب الجواهر أنّ الشرطية إذا كانت شرعية يمكن جعلها على وجه يكون الشرط متأخراً، بمعنى أنّه يلاحظ توقف الشيء على الوجود في المستقبل، لا أنّه إذا فرض كون الشرط على نحو الشرائط العقلية يجوز للشارع أنْ يغير حكمه، فانّه بديهي الاستحالة، والسر أنّ الأحكام الشرعية من الأمور الاعتبارية، وحقيقتها عين الاعتبار، فيجوز للمعتبر أنْ يعتبر الشرط أمراً غير موجود، وكذا في السبب.

ودعوى: أنّ ذلك من المحال العقلي، وتكثير الأمثله لا يوجب وقوعه.

مدفوعة أولاً: بأنّ الوجه في الاستحالة ليس إلا كونه معدوماً، ولا يمكن تأثير المعدوم في الموجود، وهذا يستلزم عدم جواز تقدّم الشرط أيضاً على المشروط؛ لأنّه حال وجود المشروط معدوم، وكذا تقدّم المقتضي واجزائه، ولازم هذا التزام أنّ المؤثر في النقل التاء من قوله «قبلت»، وأنّ الاجزاء السابقة ليست بمؤثرة، أو أنّها معدات.

وثانياً: بامكان دعوى أنّ المؤثر إنّما هو الوجود الدهري للاجازة، وهو متحقق حال العقد، وإنّما تأخره في سلسلة الزمان.

وثالثاً: نقول إنّ الممتنع إنّما هو تأثير المعدوم الصرف، لا ما يوجد ولو بعد ذلك.

ورابعاً: ـ على فرض تسليم الامتناع مطلقاً ـ نقول إنّ ذلك مسلم فيما إذا كان مؤثراً تاماً، لا مجرد المدخلية، فانّ التأخر في مثل هذا مما لا مانع منه، وأدل الدليل على امكانه وقوعه، أما في الشرعيات ففوق حد الاحصاء، وأما في العقليات فلأنّ من المعلوم أنّ وصف التعقّب مثلاً متحقق حين العقد، مع أنّه موقوف على وجود الاجازة بعد ذلك، فانْ كانت في علم الله موجودة فيما بعد فهو متصف الآن بهذا

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠١.

الوصف، وإلا فلا.

لا يقال: إنّه من الأمور الاعتبارية.

لأنا نقول: لو لم يكن هناك معتبر أيضاً يكون هذا الوصف متحققاً، وكذا الكلام في وصف الأولوية والتقدّم، مثلاً يوم أول الشهر متصف الآن بأنّه أول، مع أنّه مشروط بوجود اليوم الثاني بعد ذلك، ومتصف بالتقدّم فعلاً، مع أنّه مشروط بمجيء المتأخر، وهكذا الجزء الأول من الصلاة متصف بأنّه صلاة إذا وجد في علم الله بقية الأجزاء، وكذا لو اشتغل بتصوير صورة من أول الشروع يقال إنّه مشتغل بالتصوير بشرط أنْ يأتي ببقية الأجزاء، وهكذا إمساك أول الفجر صوم لو بقي إلى الآخر، وكذا لو هيأ غذاء للضيف يقال إنّه فيه مصلحة وليس بلغو إذا جاء الضيف بعد ذلك، وإلا فهو من الأول متصف بأنّه لغو، وكذا لو حفر بئراً ليصل إلى الماء فانّه متصف من الأول بعدم اللغوية إنْ وصل إليه، وإلا فباللغوية، وهكذا إلى ما شاء الله من اتصاف شيء بوصف فعلي مع اناطته بوجود مستقبلي.

بل أقول: ولا مانع من أنْ يدّعي مدعٍ أنّ النقوش الفلكية والأوضاع السماوية والأرضية كما أنّ كل سابق معد لوجودِ اللاحق، كذلك كل لاحق له مدخلية في وجود السابق.

بل يمكن أنْ يقال: جميع أجزاء العالم مرتبطة، بمعنى أنّه لولا هذا لم يوجد ذاك وبالعكس، فلو لم يوجد الغد لم يوجد اليوم وهكذا، فجميع العالم موجود واحد تدريجي، ولا يمكن إيجاد بعضه دون بعض، والانصاف أنّه لا ساد لهذا الاحتمال، ولا دليل على بطلان هذا المقال.

وخامساً: لو سلمنا الامتناع ـ حتى في هذا القسم من المدخلية ـ نقول لا مانع منه في الشرعيات، فانّها من الأمور الاعتبارية، ويمكن اعتبار وجود متأخر في أمر متقدّم شرطاً أو مانعاً كما عرفت، وهو مشاهد في الأحكام العرفية.

٢٤٧ ـ قولهﷺ: (بل السبب والشرط الأمر المنتزع ...الخ)[١].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠١.

أقول: قد عرفت(١) أنَّ هذا كرٌّ على ما فرَّ منه، فانَّ وصف التعقّب وإنْ كان حاصلاً الآن إلا أنَّه مشروط بشرط متأخر، فلا تغفل.

٢٤٨ ـ **قوله ﷺ: (اللهم إلا أنْ يكون ...الخ)**(٢).

أقول: ولا يخفىٰ ما في العبارة من الاجمال، مع ورود الاشكال عليها على أي حال؛ وذلك لأنَّه لو كان المراد أنَّ الممتنع إنَّما هو إذا قلنا إنَّ الشرط هو الوجود الخارجي للاجازة فانَّه لا يمكن مع ذلك أنْ يقال بتأثيرها مع تأخرها.

وأما لو قلنا إنَّ الشرط هو وجودها في المستقبل، وأنَّ تأثير العقد في زمان صدوره موقوف على وجود الاجازة فيما بعد فلا اشكال.

ففيه: أنَّ القائل بالشرط المتأخر مراده ليس غير ذلك، فهذا اعتراف بجواز تأخر الشرط، ولو كان المراد أنَّ الممتنع إنَّما هو ما إذا قلنا إنَّ الاجازة شرط في الملكية والنقل مما هو أثر للعقد.

وأما إذا قلنا إنَّها شرط في مؤثرية العقد من حين وقوعه، لا في أثره فلا مانع منه ولو كانت متأخرة.

ففيه: أنَّه لا فرق بين جعلها شرطاً في الأثر أو في مؤثرية المؤثر، فلو أمكن الثاني مع التأخر أمكن الأول أيضاً، اللهم إلا أنْ يقال إنَّ مراد المصنِّف من هذه العبارة أنَّ ما قلنا من أنَّ جعل الشرط وصف التعقّب الذي هو أمر انتزاعي خلاف ظاهر الأدلة، إنَّما يتم إذا قلنا إنَّ الشرط ذلك.

ويمكن *أنْ يقال*: إنَّ الشرط نفس الاجازة، لكن اطلاق الشرط عليها إنَّما هو من جهة كون لحوقها معتبراً في صحة العقد، لا نفسها، ففي الحقيقة الموقوف عليه إنَّما هو وصف اللحوق والتعقّب، لكن الشرط يطلق على نفس الاجازة.

وحاصل الايراد عليه حينئذٍ أنَّ هذا خلاف الاصطلاح؛ إذ المصطلح في اطلاق الشرط أنْ يكون الموقوف عليه نفسه لا وصف لحوقه، وأيضاً أنَّه خلاف ظاهر

---

(١) تعليقة ٢٤١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٠١.

الأدلة أيضاً، فانَّ ظاهرها اعتبار نفس الاجازة والرضا لا لحوقها، فتأمل فانَّ إرادة المصنِّف ذلك مما لا غرابة[1] فيه، فانَّه راجع إلى تصحيح اطلاق لفظ الشرط، وإلا فالاشكال السابق من كونه مخالفاً لظاهر الأدلة مشترك الورود حسبما اعترف به، والحاصل أنَّه يبعد إرادته من العبارة ذلك.

وقد يقال: إنَّ معنى كلام المصنِّف أنَّه إنْ كان مراد صاحب الجواهر أنَّ الاجازة الموجودة في زمانها شرط في تأثير العقد في زمانه فهذا خلاف الاصطلاح في اطلاق لفظ الشرط، فانَّ المعنى المصطلح ما كان مقارناً لوجود المشروط، لا متأخراً عنه، مع أنَّه خلاف ظاهر الأدلة، فانَّ مقتضاها شرطية الوجود الفعلي للرضا والطيب.

قلت: هذا راجع إلى الوجه الأول الذي ذكرنا وقلنا إنَّه اعتراف بالمعقولية، فانَّ الاشكال ليس في اطلاق لفظ الشرط، مع أنا نمنع اعتبار التقدّم أو المقارنة في مفهومه، بل ليس هو إلا ما توقف عليه المشروط، فلو أمكن توقفه على أمر متأخر استحق اطلاق الاسم أيضاً.

ويمكن أنْ يقال: بقرنية ما ذكره ما سيأتي من الايراد الثاني على الوجه الثاني (وأما ثانياً فلأنا لو سلّمنا عدم ...الخ) أنَّ مراده أنَّ الاجازة امضاء العقد وجعله مؤثراً، وليست شرطاً، ولا جزء سبب؛ لأنَّها بمنزلة عقد مستقل، وعلى هذا فلا يستحق اطلاق الشرط عليها.

وحاصل غرضه حينئذٍ: أنَّه لو أريد من كونها شرطاً ذلك ورد عليه:

أولاً: أنَّها لا يستحق اطلاق الشرط عليها.

وثانياً: أنَّه خلاف ظاهر الأدلة.

وفيه: أنَّها لا تخرج حينئذٍ أيضاً عن كونها شرطاً للعقد، مع أنَّه إذا أمكن تأخر مثل هذا الذي له دخل في سببية السبب أمكن تأخر الشرط الاصطلاحي أيضاً، فتدبّر.

---

(١) وفي نسخة «كرامة».

٢٤٩ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد التزم بعضهم مما ...الخ)**[١].

أقول: يظهر منه أنَّ هذا الفرع إنَّما يتفرّع على الكشف ـ بمعنى التعقّب ـ فقط، وليس كذلك؛ إذ على الشرط المتأخر أيضاًكذلك؛ لأنَّ المفروض حصول الملكية قبل مجيء الاجازة إذا كانت مما سيجيء في علم الله، فانَّه مقتضى كون الشرط الموجود المستقبلي، فتدبّر.

٢٥٠ ـ **قوله**ﷺ: **(أولاً أنَّ الاجازة ...الخ)**[٢].

أقول: حاصله منع كون النقل من حينه داخلاً في مضمون العقد، فلا يلزم من تعلّق الاجازة بالمضمون النقل من حين العقد، وإنَّما يحكم بالنقل من حين العقد في سائر الموارد لكون انشائه في ذلك الحين، ولازم امضاء الشارع لذلك الحكم به كذلك، وأما في المقام فلما كان انشاء الاجازة في الزمان اللاحق فينبغي أنْ يترتب الأثر عليها بعد تعلق الامضاء بها من الشارع من حينها؛ إذ حالها حال العقد.

والحاصل: أنَّ الدليل إنَّما يتم إذا كان وجه كون النقل من حين العقد في سائر الموارد، وكون قيد الزمان داخلاً في المنشأ؛ ليكون لازم تعلق الاجازة به ذلك، ولكن الأمر ليس كذلك، بل الوجه كون ظرف الانشاء ذلك الزمان، ولازمه تحققه من حينه، ومقتضاه كون أثر الاجازة من حينها؛ لأنَّ انشاءها إنَّما هو في ذلك الحين.

قلت أولاً: يمكن دعوى أنَّ الزمان داخل في المنشأ، بمعنى أنَّه ينشىء الملكية من هذا الحين، ولا أقل من جهة الانصراف إليه، كيف ؟ وإلا فلا وجه للحكم بالنقل من ذلك الحين؛ لأنَّ كون زمان الانشاء ذلك لا يقتضي ذلك؛ إذ يمكن انشاء الملكية فيما بعد، ألا ترىٰ أنَّه يمكن أنْ يقال بعتك يوم الجمعة كذا بكذا غايته أنَّه باطل من جهة الاجماع، وإذا أمكن ذلك فلا وجه لحمل المطلق على الزمان الأول إذا قطع النظر عن الانصراف، وأيضاً يشهد لما ذكرنا ملاحظة باب الاجازة، فانَّ الزمان مأخوذ فيه قيداً، والظاهر أنَّه لا فرق بينه وبين باب البيع إلا من حيث وجوب

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٢. وفي نسخة أخرىٰ «بعضهم بما».
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٣.

تعيين المدة، وإلا فيجوز اطلاق الانشاء بالنسبة إلى مدة مبدأ المدة اعتماداً على الانصراف.

وما ذكرنا نظير ما هو محل للنزاع من أنَّ الأمر للفور أو لا، فانَّ ظاهرهم بناءً على الفور أنَّ المنشأ هو الوجوب في أول الأزمنة، لا من جهة أنَّ ظرف الانشاء ذلك، وإلا فمن المعلوم أنَّه قد يوجب الفعل بالنسبة إلى المستقبل.

والحاصل: أنَّه لا وجه لمنع كون الزمان قيداً في المنشأ، وإلا لم يكن وجه للحمل على زمان صدور الانشاء لأعمية ذلك من ذلك.

وثانياً: على فرض تسليم عدم كونه داخلاً فيه نقول يكفي في المطلب كون النقل من حين العقد من مقتضاه، وإنْ كان ذلك من جهة كونه ظرفاً للانشاء، لا داخلاً في المنشأ؛ وذلك لأنَّ المستدل وإنْ جعل مناط الاستدلال كون الاجازة رضاً بمضمون العقد، لكنه ليس كذلك، بل المناط فيه كونها امضاءً وانفاذاً لذلك العقد، فلا فرق في كون مقتضاها الكشف بين أنْ يكون اقتضاء العقد للنقل من ذلك الحين من حيث كونه مضموناً له، أو من جهة كون ذلك من أجل كونه ظرفاً للانشاء، فانَّ مقتضاه النقل من حينه على التقديرين، والاجازة امضاء له، فمقتضاه ترتيب الأثر من ذلك الحين، وإنْ كان زمان انشائه متأخراً عنه.

وما ذكر المصنِّف من مقايسة الاجازة بالعقد ـ بقوله (كما أنَّ انشاء النقل في زمان يوجب وقوع المنشأ في ذلك الزمان فكذلك الاجازة، فانَّ لازم انشائها في زمان وقوع أثرها في ذلك الزمان) ـ ممنوع؛ وذلك لأنَّها من حيث تعلقها بالعقد الواقع في ذلك الزمان، وكونها امضاء له تقتضي ترتيب أثر ذلك العقد والعمل بما يقتضيه.

والحاصل: أنَّ الاجازة انفاذ وامضاء للعقد ورضا به، ولا رضا بمضمونه، وليست تداركاً للشرط المفقود، وهو الرضا من المالك، ولذا لا يكفي فيها تحقق المقدار ـ الذي لو كان العقد صادراً من المالك وكان موجوداً كان كافياً ـ من الرضا الباطني، بل لا بدَّ فيها من انشاء الامضاء والانفاذ.

وما ذكره المصنِّف‌ؒ ـ من كفاية قوله «رضيت» ونحوه مما دلَّ على الرضا، وكفاية مثل تمكين الزوجة من الدخول عليها ـ لا دلالة فيه على كونها مجرد الرضا، وقيامها مقام الشرط المفقود؛ وذلك لأنَّ الاكتفاء بهما من جهة دلالتهما ولو بالالتزام على انشاء الامضاء، وإلا فلا نسلّم الاكتفاء، والحاجة إليها إنَّما هي ليصير العقد الصادر من غير المالك بمنزلة الصادر عنه، لا ليحصل الشرط المفقود.

ومما ذكرنا ظهر الفرق بينها وبين القبول، فانَّه ليس امضاء للايجاب، وإلا كان البيع من باب الايقاع فيندفع النقض به، مع أنَّ لنا أنْ نقول إنَّ مقتضى القاعدة كون القبول كاشفاً أيضاً إلا أنَّه خرج بالاجماع.

وأما التنظير بالفسخ فليس في محله؛ وذلك لأنَّه حل للعقد بحسب الاستمرار، وليس متعلقاً بأصل العقد، فليس مقابلاً للاجازة، بل هو مقابل للالتزام بالعقد، والامضاء بمعنى اسقاط الخيار، نعم الرد مقابل للاجازة، ولا نسلّم عدم تأثيره في أصل العقد، فحاله حال الاجازة في الكشف عن عدم الأثر من الأول، بل هو أظهر.

وثالثاً: نقول مقتضى الجواب المذكور التفصيل بين ما لو أخذ الزمان في العقد، وبين ما لم يؤخذ، لا الحكم بعدم الكشف مطلقاً، ولازم ذلك وجوب القول بالكشف في مثل الاجازة دائماً؛ لكونها تمليكاً للمنفعة من حينها، فتأمل.

فالتحقيق في الجواب عن الاستدلال المذكور هو ما ذكره المصنِّف‌ؒ في قوله (وأما ثانياً فلأنّا لو سلّمنا ...الخ)، فتدبّر.

٢٥١ ـ **قوله‌ؒ: (والحاصل: أنَّه لا اشكال ...الخ)**[١].

أقول: يعني أنَّ كفاية قوله «رضيت ...الخ» ونحوه كاشفة عن كون الاجازة مجرد الرضا بالمضمون، وأنَّه لا دخل للزمان فيه، كيف ؟ وإلا لم يكن مثله كافياً، بل كان اللازم الاتيان بما يدل على الامضاء والانفاذ لنفس العقد.

قلت: قد عرفت أنَّ وجه الكفاية كونه دالاً على ذلك بالتزام، وإلا فلا نسلّم الكفاية.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٤.

٢٥٢ ـ قوله ﴿ﻗﺪّﺱ ﺳﺮّﻩ﴾: (وبتقرير آخر أنّ الاجازة ...الخ)(١).

أقول: لا يخفىٰ أنّ هذا التقرير لا دخل له بالتقرير الأول الذي كان محصله منع كون الزمان مأخوذاً في مضمون العقد، وهذا التقرير يجامع فرض كونه مأخوذاً فيه أيضاً، فهو وجه آخر في الجواب مستقل لا دخل له بما ذكر أولاً، بل هو قريب مما يذكره في قوله (وأما ثانياً)، فتدبّر.

ثم إنّك عرفت أنّ التحقيق أنّ الاجازة قائمة مقام نفس الانشاء، لا مقام شرط العقد الذي هو الرضا، فلا وجه لترديد المصنّف ﴿ﻗﺪّﺱ ﺳﺮّﻩ﴾ بينهما، فتدبّر.

٢٥٣ ـ قوله ﴿ﻗﺪّﺱ ﺳﺮّﻩ﴾: (لأنّ وجوب الوفاء ...الخ)(٢).

أقول: حاصله أنّ الاجازة وإنْ كانت انفاذاً للعقد السابق الذي مقتضاه النقل من حينه، إلا أنّه لا دليل على صحة الاجازة إلا شمول العمومات للعقد المتعقّب بها، وهي لا تشمله إلا بعد تحققها؛ لأنّ قوله تعالى ﴿أوفوا﴾ لا يشمل المالك إلا بعد صيرورة العقد عقداً له، وهو موقوف على مجيء الاجازة في الخارج، فقبله لا يكون العقد عقداً، وكذلك حال سائر العمومات، ولعمري إنّ هذا هو التحقيق.

٢٥٤ ـ قوله ﴿ﻗﺪّﺱ ﺳﺮّﻩ﴾: (فكأنّه وقع موثراً ...الخ)(٣).

أقول: الظاهر أنّ الفاء زيادة، والعبارة هكذا «فاذا صار العقد بالاجازة كأنّه وقع موثراً ...الخ»، وقوله «كأنّه» خبر لصار، وقوله «كان مقتضى ...الخ» جواب «إذا»، وقوله «فيجب العمل ...الخ» تفريع على الجواب.

٢٥٥ ـ قوله ﴿ﻗﺪّﺱ ﺳﺮّﻩ﴾: (لكن نقول بعد الاغماض عن أنّ ...الخ)(٤).

أقول: لا يخفىٰ أنّه لا وجه لعدم الاغماض؛ إذ هو خلاف الفرض؛ إذ قد فرض أولاً كون الاجازة بمعنى جعل العقد ماضياً، وكون مقتضى العقد عرفاً ترتب الأثر

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٤.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٥.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٦. وصحح في بعض النسخ بدل «فكأنه» كأنه.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٦.

من حينه، وكون الدليل دالاً على العمل بها على هذا الوجه، فبعد ذلك كله لا معنى لقوله (بعد الاغماض عن أنَّ ...الخ) إذ هو مستلزم للعدول عن الفرض، ولعله لهذا أمر بالتأمل، ويحتمل أنْ يكون وجهه دعوى الفرق بين الاجازة والقبول، فانّه جزء للسبب الناقل فلا وجه لجعله كاشفاً، بخلاف الاجازة فانّها امضاء للعقد التام في السببية، فتدبّر.

٢٥٦ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنَّ العقد الموجود على صفة ...الخ)**[١].

أقول: لقائل أنْ يقول كون العقد موجوداً على صفة عدم التأثير أول الكلام، وغرض المستدل اثبات كونه موجوداً على صفة التأثير من أول الأمر، فتدبّر.

ولو علل عدم المعقولية ـ بأنَّ الكشف على الوجه المزبور موقوف على الشرط المتأخر، وهو غير معقول على ما اعترف به سابقاً ـ كان أولى، وإنْ كان فيه ما عرفت من منع عدم المعقولية.

٢٥٧ ـ **قوله**ﷺ: **(فراراً عن لزوم تأخر الشرط ...الخ)**[٢].

أقول: قد عرفت[٣] أنّه كرّ على ما فرّ منه، فلا تغفل.

ثم إنّك عرفت أنَّ بعضهم قال بالكشف الحقيقي، بمعنى مجرد العلامة، مدعياً أنّها كاشفة عن وجود الرضا الباطني التقديري، وعرفت ما فيه، وعرفت أيضاً له معنى آخر، ربما يظهر من جامع المقاصد[٤] في العبارة المتقدمة، وحكي الكشف بمعنى العلامة الصرفة عن مفتاح الكرامة[٥] أيضاً، وكيف كان فعلى جميع وجوهه يلزم جواز التصرف مع العلم بلحوق الاجازة، ولا اختصاص له بالقول بالتعقيب كما عرفت.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٧.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٨.
(٣) تعليقة ٢٤١.
(٤) جامع المقاصد ٤: ٧٤.
(٥) مفتاح الكرامة ٤: ١٩٠.

٢٥٨ ـ قولهﷺ: (الكشف الحكمي وهو اجراء ...الخ)[١].

أقول: قد أشرنا إلى أنَّ بعضهم يحمله على معنى اجراء جميع الأحكام بالالزام القلب من الأول، وهو الاحتمال الثاني في كلام صاحب الجواهر[٢]، ولذا أورد عليه بلزوم اجتماع مالكين على مال واحد، وإنْ كان يمكن الذب عنه بأنَّ مقتضى القلب عدم الاجتماع، وإنْ كان المحذور عليه أشد لمعلومية استحالته، وإنْ أريد ترتيب آثار القلب فلا اشكال، فتدبّر.

٢٥٩ ـ قولهﷺ: (فاتمامه بالقواعد في غاية الاشكال ...الخ)[٣].

أقول: مقتضى ما بيّنه المصنّفﷺ الجزم بعدم المعقولية؛ حيث إنَّه جزم باستحالة تأخر الشرط.

ثم إنَّ التحقيق عندي هو القول بالنقل بحسب القواعد، لا من جهة عدم معقولية الشرط المتأخر، بل من أجل ما عرفت من أنَّ العمومات لا تشمل إلا بعد صيرورة العقد عقداً للمالك، وهو ما بعد الاجازة، وأما بحسب الأخبار فالكشف الحقيقي إنْ تعدينا عن باب النكاح من أجل الاجماع المركب أو تنقيح المناط، أو تمت دلالة صحيحة ابن قيس على الكشف كما لا يبعد، فانَّه لا مانع منه بعد هذا عندنا عن الحمل على ظاهرها من الكشف الحقيقي.

٢٦٠ ـ قولهﷺ: (ظاهرة في قول الكشف ...الخ)[٤].

أقول: بعد ما حكم المصنّفﷺ بعدم معقولية الشرط المتأخر ـ والمفروض أنَّ كون الشرط هو التعقيب أيضاً خلاف ظاهر الأدلة، بل مما يمكن الجزم بعدمه ـ لا يمكن عنده الأخذ بهذا الظاهر، بل لا بدَّ أنْ يطرح أو يؤول، مع أنَّه يمكن القول بتخصيص عموم قاعدة السلطنة والحمل على الكشف الحكمي، كما أنَّه على القول بالكشف الحقيقي أيضاً يكون العزل على خلاف القاعدة من جهة أصالة

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٨.
(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٩.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٨.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٠٩.

عدم الاجازة، ولازم الحكم بالعزل تخصيص هذه القاعدة الظاهرية، هذا.

مع امكان دعوى كون المال باقياً على ملك الميت أو بحكم ملكه إلى أنْ يحصل الاجازة والرد بناءً على الكشف الحكمي أو النقل.

والحاصل: أنَّ حمل الخبر على الكشف الحقيقي غير متعين لمكان هذه الاحتمالات، ثم على فرض تماميته يحتاج في اسراء حكمه إلى سائر الأبواب من البيع ونحوه إلى دعوى الاجماع المركب أو تنقيح المناط كما أشرنا إليه آنفاً، وكلاهما محل اشكال، واحتمال كون الحكم تعبدياً في خصوص النكاح، ولذا يجب الأخذ به وإن جزمنا بالقول بالنقل ليس بعيداً، مع أنَّ صحة الاجازة بمقتضى القاعدة محل اشكال؛ لأنَّ المفروض كون موت الزوج الذي هو بمنزلة تلف أحد العوضين في البيع قبلها، فهذا النص مقرّب لكون الحكم تعبدياً في خصوص النكاح.

❑ الثمرة بين القول بالكشف والقول بالنقل

٢٦١ ـ **قوله**ﷺ: (**بقي الكلام في بيان الثمرة** ...الخ)(١).

أقول: لا بأس بالاشارة الاجمالية إلى ما هو المختار فيها فنقول: الكلام تارة في تصرف الأصيل فيما انتقل إليه، وتارة في تصرف المالك فيما انتقل عنه، وتارة في لزوم المعاملة وعدمه على الأصيل؛ بحيث لا يجوز له الرد أوالتصرف فيما انتقل عنه، وتارة في سائر الثمرات من النماء ونحوه.

وليعلم أولاً أنَّ الكشف الحكمي نقل حقيقي من حين الاجازة، إلا أنَّه يرتب عليه الأثر من حين العقد؛ بحيث كأنَّه صدر من المالك من ذلك الحين، ولازم ذلك ترتيب جميع ما يمكن ترتيب من الآثار.

والتحقيق بناء عليه ترتيب جميع الآثار إلا ما كان مرتباً على نفس صفة الملكية بما هي صفة خاصة، مثل ما لو نذر أنَّه لو كان مالكاً لكذا أنْ يفعل كذا، فانَّ النذر لا ينصرف إلى الملك التنزيلي، ومثل العصيان وعدمه فانَّ التصرف السابق من

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٠.

الأصيل يكون محرماً، ولا يمكن قلبه بعد الاجازة.

وأما سائر الآثار الشرعية فجميعها يمكن ترتيبها، مثلاً إذا باع المالك ما انتقل عنه بالفضولية قبل الاجازة فأجاز ـ بناءً على جواز مثل هذه الاجازة وعدم كون البيع بمنزلة الرد ـ كما أنّه يحكم ببطلان البيع على الكشف الحقيقي كذا يحكم ببطلانه بناءً على الحكمي؛ لأنّه مقتضى ترتيب آثار ملكية المشتري من حين العقد.

والفرق بينه وبين الكشف الحقيقي أنّه على الحقيقي يحكم بالبطلان من الأول، وعلى الحكمي من حين الاجازة، فهو محكوم بالصحة من أول صدوره إلى حين الاجازة، وبعدها يحكم ببطلانه من الأول، ويرتب عليه آثار البطلان.

ودعوى: أنّ هذا غير ممكن، والمفروض ترتيب الآثار الممكنة.

مدفوعة: بمنع عدم الامكان، كيف ؟ وإلا فلا فرق بينه وبين النماء الذي أتلفه المالك قبل الاجازة، فانّ فيه أيضاً يحكم بكونه متصرفاً في ماله من أول وجوده إلى حال الاجازة، وبعدها يحكم بكونه ملكاً للمشتري، فيكون المجيز كأنّه تصرف في نماء ملك غيره فيجب عليه البدل، فاذا لم يمكن فيما نحن فيه الحكم بالبطلان ـ بعد الحكم بالصحة الواقعية من حين صدوره إلى حال الاجازة ـ فكذا لا يمكن الحكم بوجوب اعطاء بدل النماء الذي تلف في ملك مالكه.

والتحقيق: أنّه لا مانع من شيء منهما، بمعنى أنّه يمكن أنْ يحكم بعد الاجازة بتنزيل العقد الواقع فضولاً منزلة الصادر من المالك من هذا الآن، وترتيب جميع آثاره، ولا فرق في ذلك بين النماء وسائرها.

وبالجملة: فجميع الآثار الشرعية وإنْ كانت مرتبة على الموضوعات الواقعية إلا أنّه يمكن للشارع التصرف فيها بتنزيل الموجود منزلة المعدوم أو بالعكس، نعم الآثار العقلية غير قابلة لذلك كالعصيان والطاعة، وكذا الآثار التي لا دخل لها بالشارع كما في مثال النذر الذي ذكرنا، فانّ حكم الشارع فيه تابع لجعل الناذر، والمفروض أنّه علّق الحكم على الموضوع الواقعي لا التنزيلي.

ومما ذكرنا ظهر أنّه لو أعتق العبد قبل الاجازة، ثم أجاز بيعه يحكم ببطلان العتق من أوله بناءً على الكشف الحقيقي، وببطلانه من حين الاجازة على الحكمي، ولا يضر استلزامه صيرورة الحر رقاً، نعم إلا أنْ يكون هناك اجماع على عدم ذلك، ولو في مثل المقام فلانقول به من جهة قيام الاجماع، لكن تحققه محل اشكال.

ولعله من جهة ما ذكرنا تخيّل بعض أنّه لا فرق بين الكشف الحقيقي والحكمي في الثمرة؛ إذ الآثار العقلية نادرة لا اعتناء بها، ولذا قال (إنَّ مقتضى الأدلة الكشف، ولا يهمنا التعرّض لاثبات كونه حقيقياً أو حكمياً لاشتراكهما في الثمرة) لكن الانصاف وجود الثمرة فلا بدَّ من تشخيص الحال، والانصاف أنَّ القول بالكشف الحكمي في غاية الاشكال، الزامه أصعب من الزام الشرط المتأخر(١).

والتحقيق: ما عرفت من أنَّ مقتضى القاعدة ـ مع قطع النظر عن الاخبار ـ النقل، ومع ملاحظتها الكشف الحقيقي، بمعنى الشرط المتأخر.

إذا عرفت ذلك فنقول: أما تصرف الأصيل فيما انتقل إليه من حيث الحكم التكليفي الحق جوازه بناءً على الكشف الحقيقي إذا علم بالاجازة فيما سيأتي، من غير فرق بين وجوهه الأربعة، من الشرط المتأخر والتعقّب والكاشفية الصرفة بوجهيها حسبما أشرنا إليها سابقاً؛ وذلك لأنَّ المفروض مع ذلك العلم بانتقال المال إليه من حين العقد، وكذا من حيث الحكم الوضعي، وتخصيص المصنف الجواز بالقول بالتعقّب لا وجه له كما أشرنا إليه سابقاً، وأما مع عدم العلم بالاجازة تقتضي أصالة عدمها عدم جواز التصرف ظاهراً، وأما النفوذ وعدمه فهو دائر مدار الواقع، فانْ حصلت الاجازة بعد ذلك يحكم بالصحة والنفوذ من الأول، وإلا فلا.

وأما على القول بالنقل والكشف الحكمي فلا يجوز له التصرف مطلقاً ولو علم بالاجازة، نعم يحكم بنفوذه من حين الاجازة بناءً على الكشف الحكمي؛ لما عرفت من أنّه ينزل من ذلك الحين منزلة ملكه من أول الأمر، ولازمه الحكم بصحة

(١) هكذا في الأصل، والظاهر أن مراده منها ولوازمه أصعب من لوازم الشرط المتأخر.

ذلك التصرف، وأما تصرّف المالك فيما انتقل عنه فلا اشكال في جوازه من حيث التكليف، وأما من حيث الوضع فلا اشكال في نفوذه على القول بالنقل والكشف الحكمي؛ لأنّه تصرّف في ملكه الواقعي، بل وكذا على الكشف الحقيقي بمعنى الشرط المتأخر للعمومات، والظاهر أنّه لو تصرّف بالنقل إلى الغير كان مانعاً عن صحة الاجازة بعد ذلك، فحاله حال الرد قبل الاجازة.

ودعوى: أنّها تكشف عن كونه تصرفاً في مال الغير.

مدفوعة: بأنّها إنّما تكشف عن ذلك إذا كانت في محلها، ونحن ندعي أنّ التصرف الناقل السابق عليها يخرجها عن قابلية الصحة؛ لعدم المانع من نفوذه، كما في الرد قبل الاجازة، كيف ؟ وإلا لزم القول بأنّ الاجازة كاشفة عن عدم كون الرد في محله؛ إذ الانصاف أنّه لا فرق بينه وبين سائر التصرفات، والسر فيما ذكرنا عدم انصراف أدلة الفضولي إلى مثل المقام مما كانت الاجازة بعد الرد أو بعد التصرف الناقل الذي هو مفوّت للمحل من حيث هو، نعم لو كان لها عموم أمكن دعوى كشفها عن بطلان التصرف والرد لكونه في مال الغير، وكون الرد بعد تمامية العقد لكن الاطلاق أو العموم على هذا الوجه محل منع، بل من البعيد غايته؛ إذ لازم ذلك التزام جواز الاجازة ولو بعد مضي خمسين سنة من حين العقد الأول الفضولي والثاني الذي صدر من المالك، والحكم ببطلان ما صدر منه، كما إذا زوّج البنت فضولي من زيد ولم تعلم به، ثم تزوجت من عمرو ومضى خمسون سنة وهي في حبالة عمرو، ثم اطلعت على أنّ فضولياً زوجها من زيد فأجازت ذلك، فانّ التزام صحة هذه الاجازة والحكم ببطلان عقدها بنفسها الذي عملت بمقتضاه خمسين سنة من المنكرات.

والحاصل: أنّ عموم قاعدة السلطنة ونحوها مقتضٍ لجواز تصرفه في ماله، ومقتضى عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ و ﴿ أحل الله البيع ﴾ ونحوها نفوذ ذلك التصرف، فلا يبقى بعد ذلك محل للاجازة حتى تكون كاشفة.

ودعوى: أنّ حال التصرف حال التلف السماوي، وحال موت أحد الزوجين قبل

الاجازة، فكما أنّه ليس بمانع على الكشف الحقيقي لكفاية وجود العوضين أو الطرفين حال العقد فكذا التصرف الناقل، وحينئذٍ فيحكم بمقتضى الاجازة بكونه في ملك الغير وببطلانه.

مدفوعة: بالفرق الواضح بينهما كما لا يخفىٰ.

فالتحقيق: أنَّ التصرف الناقل من المالك المجيز قبل الاجازة مانع عن تأثيرها من غيره، بلا فرق بين القول بالنقل والكشف الحكمي والحقيقي، وأنَّ حاله حال الرد، ولا فرق في ذلك بين اطلاعه على العقد قبله وعدمه؛ إذ المناط ليس دلالته على الرد، بل فوات محل الاجازة.

وأما لزوم المعاملة على الأصيل وعدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه فالتحقيق عدمه، أما على النقل فواضح، وكذا على الكشف الحكمي، وأما على الكشف الحقيقي مع العلم بعدم مجيء الاجازة فكذلك، وأما مع الجهل بها فلأصالة عدمها، نعم إذا حصلت الاجازة كشفت عن بطلان الرد أو التصرف بناءً على الكشف الحقيقي، فما يظهر من بعضهم من اللزوم عليه، وعدم جواز رده أو تصرفه حتى على القول بالنقل لا وجه له، كما أنّه لا وجه لما ذكره المصنِّف﵀ من اللزوم على القول بالكشف الحقيقي حتى مع العلم بعدم الاجازة؛ فضلاً من الشك فيها؛ وذلك لأنَّ دليل اللزوم إنَّما هو مثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ وهو غير شامل قبل مجيء الاجازة، وأيضاً لا يعقل صحة العقد ولزومه بالنسبة إلى الأصيل دون المالك، مع أنّه معاهدة واحدة.

والحاصل: أنّه لا يعقل خروج العوض عن ملك الأصيل وعدم دخول عوضه في ملكه، أو عدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه إليه أيضاً، وسيأتي بيانه عند تعرّض المصنِّف﵀ له.

وأما سائر الثمرات من النماء ونحوه فحالها واضحة بملاحظة ما في الكتاب، ويأتي الكلام عليها إنْ شاء الله.

٢٦٢ ـ **قوله**ﷺ: **(بين كون نفس الاجازة** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنَّ مع العلم بالاجازة يجوز التصرف على جميع وجوه الكشف الحقيقي، ولا فرق بينها أصلاً.

٢٦٣ ـ **قوله**ﷺ: **(مع كون نفس الاجازة شرطاً** ...الخ)[٢].

أقول: وكذا مع كون الشرط هو التعقّب، ثم لا يخفىٰ أنَّ حكمهﷺ بكون الوطىء حلالاً واقعاً على الكشف الحقيقي ينافي ما مرّ منه أيضاً آنفاً من عدم جواز التصرف مع العلم بالاجازة بناءً على الشرط المتأخر، فانَّ مقتضى كونه حلالاً واقعاً جوازه مع العلم به، وهذا واضح جداً، وأما وجه الحرمة واقعاً وظاهراً على الكشف الحكمي فواضح؛ لأنَّ المفروض عدم الملكية وعدم الحكم بها إلا بعد الاجازة.

ثم إنَّ الحرمة السابقة لا يرتفع أثرها بمجرد الاجازة؛ لما عرفت من أنّه من الآثار العقلية الغير القابلة للرفع، نعم العقاب يمكن رفعه، وأما العصيان فلا.

٢٦٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ويحتمل عدم تحقق الاستيلاد** ...الخ)[٣].

أقول: لا وجه له بعد كونه من الأحكام الشرعية القابلة للتنزيل حسبما عرفت مما بيّنا، فاذا حكم بعد الاجازة بكونه في حكم المالك من حين صدور العقد كان لازمه تحقق الاستيلاد، بمعنى ترتيب آثاره الآن، وإنْ لم يحكم به من الأول، فتدبّر.

٢٦٥ ـ **قوله**ﷺ: **(مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد** ...الخ)[٤].

أقول: قد عرفت أنّه متعين، وأنّه لا يبقى بعد ذلك محل للاجازة، كما أنّه كذلك على النقل والكشف الحكمي، وأما ما ذكره المصنّفﷺ (من أنّه على الكشف الحكمي ينتقل إلى القيمة لأنّه مقتضى الجمع ...الخ) فلا وجه له؛ إذ بعد فرض الصحة لا يبقى محل للاجازة كما على النقل، وقد عرفت مما بيّناه سابقاً الفرق بين

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٠.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٠.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤١٠.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤١١.

التصرف والتلف السماوي، لكنه أيضاً بناءً على الكشف الحقيقي، وإلا فلا وجه له على النقل والحكمي؛ لعدم وجود متعلّق النقل حين الحكم به، فلا يمكن ذلك، والقياس على الفسخ بالخيار كما ترى؛ ولذا قال‌ﷺ في الضابط الآتي وإنْ نافى الاجازة ـ كاتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعتق ـ فات محلها، وإنْ ذكر ما جزم به هنا من الرجوع إلى القيمة أيضاً احتمالاً، وهذا أيضاً لا يخلو عن تناقض، لأنّه هاهنا جزم بالرجوع إلى القيمة، وفي الضابط أفتى بفوات محل الاجازة، وذكر الرجوع إلى البدل على وجه الاحتمال، ودعوى الفرق بين العتق و سائر التصرفات كما ترىٰ.

ثم لا يخفىٰ أنّا لو قلنا بعدم فوات محل الاجازة فمقتضى القاعدة الحكم ببطلان التصرف المذكور، سواء كان عتقاً أو غيره، بمعنى أنّه يحكم من حين الاجازة ببطلانه سابقاً بناءً على الكشف الحكمي حسبما عرفت مما بيّنا؛ لأنّه من آثار صحة العقد الأول من حين صدوره، والمفروض أنّه من حين الاجازة يجب ترتيب آثار الصحة من الأول؛ فلا وجه للرجوع إلى القيمة على أي حال؛ لأنّ الأمر دائر بين فوات محل الاجازة ومعه فلا وجه للبدل، وبين عدم فواته ومعه لا بدّ من الحكم ببطلان التصرف من هذا الحين، فلا وجه للرجوع إلى البدل أيضاً، والفرق بينه وبين التلف العقلي واضح، فانّ معه إذا حكمنا ببقاء محل الاجازة لا يعقل الحكم بالبطلان والصحة، فلا يبقى إلا الحكم بالرجوع إلى البدل، بخلاف التلف الشرعي بالنقل إلى الغير فانّه قابل لأنْ يحكم عليه بالبطلان، فتدبّر.

٢٦٦ ـ **قوله‌ﷺ: (لمن انتقل إليه العين ...الخ)**[1].

أقول: إلا أنّه بناءً على الكشف الحكمي إنّما يحكم بذلك بعد الاجازة، وإلا فهو للمالك الأول من حين وجوده، وإذا أتلفه فقد أتلف مال نفسه، ولا يكون تصرفه فيه تصرفاً في مال الغير، نعم بعد الاجازة يحكم بكونه لمن انتقل إليه العين فيضمن له من أتلفه وإنْ كان هو المالك حسبما عرفت.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١١.

٢٦٧ ـ **قوله**﴿ : **(توجيه المراد ...الخ)**[١].

أقول: يعني توجيهها بالحمل على خلاف ظاهرها مما يطابق القواعد أولى من حملها على ظاهرها، وتكلّف تطبيقه على القواعد، والعبارة هي هذه (وتظهر الفائدة ـ يعني فائدة القولين الكشف والنقل ـ في النماء، فانْ جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز)[٢] انتهىٰ.

والاشكال إنّما هو في حكمه بكون النمائين كليهما على النقل للمالك المجيز، والتوجيه بالتأويل ما قيل من أنّ المراد بالمالك المجيز هو الجنس، ويفرض الكلام فيما كان كلا الطرفين فضولياً، فيكون الحاصل أنّ نماء المبيع لمالكه الأول، وكذا نماء الثمن لمالكه الأول، أو يكون الغرض بيان حال صورة يكون الفضولي من طرف البائع، وصورة يكون من طرف المشتري، ويكون حاصله أنّ نماء المبيع للمالك المجيز إذا كان الفضولي من طرفه، ونماء الثمن للمالك المجيز إذا كان الفضولي من طرفه.

وأما التوجيه بالتطبيق على القواعد مع حملها على ظاهرها من كون كلا النمائين للبائع إذا كان الفضولي من طرفه فهو ما قيل أيضاً من أنّ الوجه في كون نماء المبيع له ظاهراً؛ لأنّه بعد لم ينتقل عنه.

وأما وجه كون نماء الثمن له فهو أنّ المبيع من طرف المشتري لازم لكونه أصيلاً، وقد اخرج الثمن عن ملكه اختياراً وسلّط البائع عليه وعلى نمائه، فيؤخذ بما أقدم عليه، إلا أنْ يرد المالك البيع ولم يجزه فهو قبل الرد والاجازة مأخوذ بما أقدم وعاهد عليه وإنْ لم يجز له التصرف في البيع؛ لعدم كون بيعه مقروناً برضا مالكه.

والانصاف أنّ التوجيه الثاني أقرب إلى مراد الشهيد؛ إذ الأول في غاية البعد من

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١١.

(٢) الروضة البهية ٣: ٢٢٩.

العبارة، وإنْ كان الايراد عليه أيضاً في غاية الوضوح، وغرض المصنِّف‏ﷺ أيضاً ليس أقربية التوجيه الأول إلى مراده، بل الاشارة إلى فساد الثاني من حيث هو وهو كذلك.

٢٦٨ ـ **قوله‏ﷺ: (دون الكشف** ...الخ)[١].

أقول: مراده من الكشف الحقيقي، وإلا فالحكمي حاله حال النقل في هذا الثمرة كما لا يخفىٰ.

٢٦٩ ـ **قوله‏ﷺ: (فلا يردها اعترضه بعض** ...الخ)[٢].

أقول: يعني بعد ما كان المدرك هو التسالم ـ بمعنى الاجماع ـ فلا يرد هذا الاعتراض؛ وذلك لأنَّ الكلام يرجع إلى شرطية عدم تخلل الفسخ الثانية بالاجماع.

قلت: تحقق الاجماع ممنوع، ولذا قال المصنِّف (فالأولى في سند المنع... الخ).

لكن الانصاف أنَّ نظر المعترض أيضاً إلى ذلك، بمعنى أنَّ الاجماع لم يثبت عنده؛ فيتمسك بالاطلاقات بعد كون ترتب الأثر بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع، وإلا فمجرد كونه من أحكام الوضع ليس دليلاً بدون أنْ يكون العقد مشمولاً للعمومات أو الاطلاقات.

والأولى في الاستدلال على البطلان أنْ يقال: إذا رجع عن العقد قبل نمائه لا يبقى صدق المعاهدة، كما بين الايجاب والقبول والاجازة على القول بالنقل بمنزلته؛ فلا يشمله الاطلاقات، ولعله إلى ذلك أشار بقوله (ولا يخلو عن اشكال).

٢٧٠ ـ **قوله‏ﷺ: (وأما على المشهور في معنى الكشف** ...الخ)[٣].

أقول: فيه *أولاً*: أنَّ ظاهر المشهور كون نفس الاجازة المتأخرة شرطاً في حصول النقل كما على القول بالنقل، والفرق بينهما أنّه على الأول الشرط وجودها المتأخر،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٢.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤١٥.

وعلى الثاني الشرط وجودها الفعلي الخارجي، فلا يحصل النقل إلا بعدها، وعلى التقديرين هي جزء للسبب الناقل.

وثانياً: على فرض تسليم أنّ يكون مرادهم كونها شرطاً في مؤثرية العقد، وبعبارة أخرىٰ في كونه سبباً ما، نقول لا ينبغي التأمل في أنّه مع عدم مجيئها لا يكون العقد تماماً، ولوجودها ـ ولو كان هو الوجود المستقبلي ـ تأثير في العقد، فلو شك في وجودها فالأصل عدمه، وحينئذٍ لا يجب الوفاء، كما إذا قلنا إنّ الشرط تعقّبها، وهذا واضح جداً.

ومن العجب ما صدر عن المصنّف من اللزوم على الأصيل ولو مع العلم بعدمها، فانّه لا ينبغي التأمل في أنّه لا أثر للعقد مع هذا الحال، فكيف يمكن أنّ يكون الوفاء به واجباً؟!

ثم لا يخفىٰ أنّ ما ذكره المصنّف في المقام من أنّ العقد تمام ولا قيد له بناءً على الشرط المتأخر، ولهذا يجب على الأصيل الوفاء به مناقض صريح لما ذكره في أول الثمرات، من أنّه على الشرط المتأخر لا يجوز التصرف ولو مع العلم بمجيء الاجازة، فلا تغفل.

ثم إنّي إلى الآن ما فهمت أنّ المصنّف كيف تصوّر الشرط المتأخر الذي نسبه إلى المشهور، وحكم بعدم معقوليته، فانّ مقتضى الثمرات التي يرتبها عليه أنّه فهم غير ما هو الظاهر منه، من كون الشرط الوجود المستقبلي الذي لازمه جواز التصرف للمشتري في المبيع مع العلم به، وعدم تمامية السبب بدونه الذي لازمه عدم اللزوم على الأصيل مع العلم بعدمه، إلى غير ذلك، مع أنّه لا يحول في بيان الثمرات على قول واحد حسبما عرفت، وعليك بالتأمل التام في أطراف كلامه لتصل إلى مرامه، أو إلى صدق ما ادعيت، والله الهادي.

٢٧١ ـ **قوله: (توضيح الفساد أنّ** ...الخ)[1].

أقول: الانصاف أنّ الايراد المذكور مما لا مدفع له، وما ذكره المصنّف في

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٦.

توضيح فساده فيه:

أولاً: أنّ مقتضاه عدم الفرق بين القول بالكشف والنقل كما لا يخفىٰ.

وثانياً: أنّ البيع عبارة عن معاهدة واحدة قائمة بطرفين، وليست المعاهدة هاهنا نظير سائر صيغ المفاعلة كالمضاربة والمقابلة والمواهبة ونحوها في كون الصادر من كل من الطرفين فعلاً مستقلاً، بل هي نظير المضاجعة والمجالسة ونحوها، فما لم يتحقق القبول من الآخر لا يتحقق المبادلة والمبايعة، والمفروض أنّ الاجازة بمنزلة القبول؛ فلا يمكن أنْ يحكم بحصول المبادلة ـ من حيث إنّها التزام على نفسه ـ من دون أنْ يحصل ما التزمه لنفسه، وبعبارة أخرىٰ المبادلة والمعاوضة البيعية ليست إلا المعنى الذي لازمه صيرورة هذا ملكاً في مقابل ذاك، وهذا المعنى لا يقبل التفكيك، ودعوى أنّ قيد كونه بازاء مال خارج عن الالتزام على نفسه كما ترى؛ إذ الالتزام الصادر منه إنّما هو التزام خاص، ولم يتحقق بعدُ، أو هو مشكوك التحقق من جهة الشك في تحقق شرطه.

وثالثاً: ـ مع قطع النظر عما ذكرنا ـ المفروض أنّ شرطية الرضا من المالك أو إجازته معلوم بالاجماع، فكيف يمكن أنْ يترتب الأثر بدون احراز الشرط المفروض.

ورابعاً: نقول إنّ الدليل على وجوب الوفاء هو قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، ومعناه العمل على ما عاهد عليه، والمفروض أنّ معاهدته إنّما هي هذا ملكاً للآخر في مقابل ذاك، وبعبارة أخرىٰ ترتيب آثار الملكية، ولهذا يجعل دليلاً على الملكية واللزوم، وليس معناه عدم الفسخ والالتزام بتركه، كيف ؟ وإلا كان شموله للعقد غير كافٍ في الحكم بالملكية؛ لأنّ مجرد ترك الفسخ والرد أعم من الملكية، وإذا كان معنى الوفاء ترتيب أثر الملكية ـ وبعبارة أخرىٰ العمل على طبق المعاهدة ـ فلازمه جواز التصرف في الثمن أو المثمن، ومع الاجماع على عدمه يستكشف عدم شمول العموم المذكور له، وهذا واضح جداً.

والحاصل: أنّ ما ذكره المصنّف‏ﷺ إنّما يتم إذا كان معنى وجوب الوفاء بالعقد

مجرد عدم فسخه والالتزام بابقائه، من غير نظر إلى حصول مقتضاه وعدمه، ومن المعلوم أنّه ليس كذلك حتى عنده أيضاً؛ ولذا يجعله دليلاً على الملكية، فتدبّر.

٢٧٢ ـ **قوله**ﷺ: **(المشهورة بالاشكال ...الخ)**[١].

أقول: لا اشكال في عدم جواز التصرف المنافي في المنذور إذا لم يكن معلّقاً، أو كان كذلك وحصل الشرط لتنجز وجوب الوفاء به حينئذٍ، نعم هنا كلام آخر، وهو أنّه إذا تصرف مع الحرمة أو ناسياً لكونه منذوراً كأنْ باع عبداً نذر عتقه أم حيواناً نذر أضحيته فهل هو صحيح أم لا ؟ فقد يقال بالصحة؛ لأنّ المال بعدُ لم يخرج عن ملكه؛ فيشمله العمومات، وقد يقال بعدمها للنهي المقتضي للفساد.

والتحقيق: ابتناء المسألة على أنّه هل يتعلّق بذلك الشيء حق للفقير أو للعبد أو لغيره ممن يرجع فائدة النذر إليه أو لا؟ فعلى الأول يبطل لعدم كون الملك طلقاً، بخلافه على الثاني، ومجرد النهي لا يدل على الفساد لعدم تعلقه به بما هو معاملة، بل بما هي مخالفة للنذر، وبعبارة أخرىٰ النهي متعلق بأمر خارج ، ومثله لا يدل على الفساد على ما بين في محله.

والحق عدم تعلّق الحق، وإنّما هو مجرد تكليف شرعي، ولعله يأتي الكلام فيه في ذكر شرط الطلقية[٢]، هذا كله في نذر السبب.

وأما نذر النتيجة فلا اشكال في بطلان التصرف فيه؛ لخروجه عن الملك بمجرد النذر، أو بعد حصول الشرط، وأما التصرّف فيه قبل حصول الشرط في النذر المشروط فاختلفوا فيه على أقوال، ثالثها التفصيل بين ما إذا كان من قصده الابقاء إلى زمان حصول المعلق عليه فلا يجوز، وبين غيره فيجوز، رابعها التفصيل بين ما إذا كان المعلق عليه من أفعاله الاختيارية، كما إذا قال «لله عليَّ كذا إنْ ضربت عبدي أو وطئت جاريتي» فيجوز، وبين ما إذا كان أمراً غير اختياري، كشفاء المريض وقدوم المسافر فلا يجوز، ويمكن التفصيل بين ما إذا كان المعلّق عليه

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٦.
(٢) لم يبحثها المصنفﷺ.

معلوم الحصول فلا يجوز، وبين غيره فيجوز، هذا.

ومحل الكلام التصرف المنافي، وأما غيره فلا اشكال فيه، مثل استخدام العبد المنذور عتقه ونحوه، ولعل منه الوطىء فيما لو نذر بيع الجارية إذا لم يعلم بتحقق الاستيلاد، كما لا ينبغي الاشكال في جواز تفويت المحل، بمعنى تفويت المعلّق عليه، كما لو نذر العتق على تقدير مجيء زيد، فالتمس من زيد أنْ لا يجيء، أو منعه منه، وكما لو علّقه على شفاء المريض فمنعه من شرب الدواء أو قتله أو نحو ذلك، فانّ مثل هذا لا يعدُّ مخالفة للنذر، هذا.

ولا فرق بين كون النذر من نذر النتيجة أو السبب، فانّ الكلام في التصرّف قبل حصول المعلّق عليه، فالمال باقٍ على ملكه قطعاً وإنْ كان من نذر النتيجة.

ثم إنّ التحقيق جواز التصرّف مطلقاً إلا إذا كان المعلّق عليه معلوم الحصول، وكان النذر راجعاً إلى مثل الواجب المعلّق، بأنْ يكون الالتزام حاصلاً فعلاً، وكان المتأخر زمان الاتيان به والعمل بمقتضاه، كأنْ يقول «لله عليَّ أنْ أعتق هذا العبد عند طلوع الشمس من يوم الجمعة، أو عند قدوم الحاج، أو قدوم مسافري» مع علمه بأنّه سيقدم، والظاهر أنّ مثل هذا ليس من محل الخلاف، وكذا إذا رجع النذر إلى نذر الابقاء ونذر الاتيان بكذا، بأنْ يكون معنى قوله «لله عليَّ أنْ أعتق هذا العبد إنْ قدم مسافري» لله عليَّ أنْ أبقي العبد وأنْ أعتقه، فانّ هذا أيضاً خارج عن محل الاشكال؛ لأنّه راجع إلى نذرين، ولعل هذا مراد المفصّل الأول، وإلا فمجرد كون قصده الابقاء من دون أنْ يرجع إلى نذرين لا يفيد شيئاً.

والحاصل: أنّ التحقيق جواز التصرف إلا في هاتين الصورتين؛ وذلك للأصل والعمومات؛ لأنّ المفروض بقاء المال على ملكه، فهو مسلّط عليه.

وربما يستدل للجواز بصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: (سألته عن الرجل تكون له الأمة، فيقول يوم يأتيها فهي حرة، ثم يبيعها من رجل، ثم يشتريها بعد ذلك ؟ قال عليه السلام: لا بأس بأنْ يأتيها، قد خرجت عن ملكه)[1].

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥٩ من ابواب كتاب العتق، ح ١.

قال الشهيد الثاني في كتاب العتق من الروضة عند قول الشهيد (ولو نذر عتق أمته) ـ بعد ذكر هذه الصحيحة ـ (ويتفرّع على ذلك أيضاً جواز التصرف في المنذور المعلّق على شرط لم يوجد، وهي مسألة اشكالية، والعلامة اختار في التحرير عتق العبد لو نذر إنْ فعل كذا فهو حر فباعه قبل الفعل، ثم اشتراه، ثم فعل، وولده استقرب عدم جواز التصرف في المنذور المعلّق على الشرط قبل حصوله، وهذا الخبر حجة عليهما)[1] انتهىٰ.

قلت: أما كونها حجة على العلامة فواضح، وأما على ولده فيمكن منعه؛ لأنَّ البيع المزبور تفويت للشرط، لا تصرّف في المنذور، وقد عرفت أنَّ تفويت الشرط خارج عن محل الاشكال، فتدبّر.

واستدل للمنع بأنَّ الالتزام المفروض في قوة الالتزام بالابقاء إلى زمان حصول المعلّق عليه، وأنّه يعدُّ في العرف حنثاً ومخالفةً للنذر، وكذا في المعاهدة مع غير الله، كما إذا عاهد مع انسان أنْ يذبح الشاة الفلانية إذا زاره، فباعها قبل ذلك مع عدم مضي زمان الزيارة، وكذا إذا كان ذلك شرطاً في ضمن العقد.

والجواب: منع الصدق، ومنع الرجوع إلى نذر الابقاء، ومعه لا اشكال.

وقد ظهر مما مرَّ وجه القول بالتفصيل بين ما إذا قصد الابقاء وعدمه، وأنّه حق إنْ رجع إلى نذرين.

وأما وجه التفصيل بين كون المعلّق عليه اختيارياً، وبين غيره فهو ما ذكره جمال المحققين في حاشية الروضة، عند قوله ـ وهي مسألة اشكالية ـ قال: (الظاهر أنَّ عدم الجواز على القول به إنّما هو في شرط لم يكن باختيار الناذر وفعله، كقدوم زيد وشفاء المريض، إذ جواز التصرّف قبل حصول الشرط لا يخلو عن اشكال؛ لاستلزامه عدم امكان الوفاء بالنذر على تقدير حصول الشرط، وأما إذا كان الشرط من فعل المكلف باختياره فلا يظهر اشكال في جواز التصرف قبله؛ إذ لا يلزم منه سوى أنْ لا يجوز له فعل الشرط؛ فلا محذور فيه، خصوصاً أنَّ التصرّف

---

(١) الروضة البهية ٦: ٢٩٤.

المذكور مما يؤكد عدم وقوع الشرط) انتهىٰ.

وفيه: أنّه إذا كان ذلك التصرّف مانعاً عن حصول الشرط بعد ذلك فهو كما ذكره؛ لأنّه مفوّت للموضوع، وقد عرفت أنّ مثله لا اشكال فيه، لكن ليس كذلك كلية، فانّه قد يكون من هذا القبيل، كما إذا نذر عتق أمته إنْ وطئها، فانّ مراده الوطىء في الملك، وهو لا يتحقق مع بيعها كما هو مورد الصحيحة[1]، وقد لا يكون كما إذا فرض النذر المذكور معلّقاً على مطلق الوطىء، أو الوطىء في ملكه ولو كان ملكاً جديداً، وكما إذا نذر عتق عبده إنْ ضربه أو إنْ زنا أو سرق ونحو ذلك، فانّه لا فرق بينه وبين ما كان المعلّق عليه شيئاً خارجاً عن قدرته.

ثم إنّ ما ذكره من أنّه لا يلزم منه سوى أنْ لا يجوز له فعل الشرط فيه ما لا يخفىٰ؛ إذ لا نسلّم حرمة الفعل بمجرد ذلك، ثم على تقدير حرمته لا يلزم منه عدم وقوع الحنث كما لا يخفىٰ.

فالتحقيق: عدم الفرق، إلا إذا كان التصرّف مانعاً عن تحقق الشرط، فانّه يخرج عن محل الكلام حسبما عرفت.

وأما وجه التفصيل الذي احتلمناه فهو أنّه إذا كان المعلّق عليه معلوم الحصول يرجع النذر إلى الايجاب المعلق، فيكون العمل به واجباً الآن، وزمان العمل متأخراً، وفيه منع الرجوع عليه كلية، وإلا فالحكم كذلك، فتدبّر.

ثم لا يخفىٰ أنّ مقتضى الوجه الذي ذكروه للمنع وجوب الكفارة أيضاً؛ حيث إنّهم ذكروا أنّه يعدُّ حنثاً، ولكن يمكن منعه بدعوى أنّه في حكم الحنث من حيث الحرمة، وإلا فليس حنثاً حقيقة؛ حتى يستلزم وجوب الكفارة، فتدبّر.

٢٧٣ ـ قوله ﷺ: (ثبت في حق المباشر ...الخ)[2].

أقول: يحتمل أنْ يكون المراد الحرمة الظاهرية من جهة احتمال الاجازة من الآخر، ويحتمل ـ وهو الظاهر ـ ثبوت الحرمة الواقعية حتى مع العلم بعدمها،

---

(١) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «الصحيفة».

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٧.

وكلاهما مشكل.

أما الأول فلأنّه على هذا مقتضى الأصل عدمها، وهذا الأصل حاكم على قاعدة وجوب الاحتياط، أو أصالة عدم تأثير النكاح بالنسبة إلى الخامسة والأم والبنت.

وأما الثاني فلعدم الدليل على ذلك؛ خصوصاً مع العلم بعدم مجيء الاجازة، مع أنّ مجرد حرمة النقض لا يستلزم حرمة المذكورات، وبعبارة أخرىٰ الموجب لحرمة المصاهرة وقوع الزوجية، وهي غير حاصلة إلا بعد الاجازة كشفاً أو نقلاً، وغاية ما يكون هناك لزوم العقد على الأصيل، وهذا غير ثبوت الزوجية، كيف ؟ وهي غير قابلة للتفكيك؛ لأنّها معنى نسبي؛ فلا يعقل ثبوتها بالنسبة إلى أحد الطرفين دون الآخر.

وبالجملة: الحكم المذكور في غاية الاشكال، ولو سلّمنا اللزوم على الأصيل، فضلاً عما لو لم نسلّم كما هو الأقوىٰ حسبما عرفت.

٢٧٤ ـ **قوله**﴿﴾: **(على اشكال في الأم** ...الخ)[١].

أقول: يعني أنّ جواز العقد على الأم بعد الفسخ أيضاً مشكل، من جهة صدق أم الزوجة عليها بمجرد العقد، والمفروض أنّ حرمتها ليست دائرة مدار فعلية الزوجية، ولا مدار الدخول، بخلاف الأخت فانّ المحرم هو الجمع بين الأختين، وبعد الفسخ لا جمع، وبخلاف البنت فانّ حرمتها فرع الدخول بالأم، والمفروض عدمها، هذا.

فالتحقيق: عدم حرمة الأم؛ لأنّ الفسخ كاشف عن عدم وقوع العقد صحيحاً من أول الأمر، ومجرد وقوع العقد اللازم على الأصيل لا يكفي في ذلك، ولعل نظر العلامة في الاشكال إلى التردد في أنّ الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع العقد من حينه، لكن التحقيق هو الأول كما هو واضح.

٢٧٥ ـ **قوله**﴿﴾: **(وفي الطلاق نظر** ...الخ)[٢].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٧.

أقول: يعني في كونه مفيداً في رفع حرمة المصاهرة نظر؛ من أنّه صادر من أهله في محله؛ حيث إنّ المفروض لزوم العقد بالنسبة إليه، فيكون رافعاً لأثره، كما في فسخ الزوجة، ومن أنّه فرع حصول الزوجية، وهي غير متحققة؛ إذ على تقدير فسخ الزوجة وعدم إجازتها ليس هناك زوجية حتى يكون الطلاق في محله، ومجرد العقد اللازم على الأصيل غير كافٍ في صحة الطلاق، فلا يكون مفيداً في رفع الحرمة وإباحة نكاح الأخت والبنت والخامسة، فلا يرتفع الحرمة المفروضة إلا بالفسخ أو الطلاق بعد الاجازة.

ومما بيّنا في وجه عدم صحة الطلاق المذكور ظهر الجواب عما يمكن أنْ يقال إنّه لا معنى لعدم إفادته الاباحة؛ لأنّ الواقع لا يخلو إما أنْ تجيء الاجازة أو الفسخ، فعلى الأول الطلاق في محله؛ لكشفها عن الزوجية من الأول، وعلى الثاني لا حاجة إليه؛ لعدم حصول الزوجية حتى تحرم المذكورات؛ وذلك لعدم كفاية عدم الزوجية الواقعية في جواز المصاهرة، بل لا بدّ إما من حصول الفسخ من طرف الفضولي أو من الطلاق الصحيح، وهو لا يكون إلا مع حصول الزوجية، وحيث إنّ الأمر مردد بين الأمرين فلا يعلم حصول الاباحة بالطلاق المفروض، لكن هذا إنّما يتم إذا بنينا على الحرمة الواقعية، وإلا فلو قلنا بالظاهرية فالاشكال وارد.

إلا أن يتشبّث بأنّ شرط صحة الطلاق الجزم، وهو غير متحقق، لاحتمال عدم الزوجية لعدم الاجازة بعد ذلك، ولذا يستشكل في صحة الطلاق ممن وكل غيره في تزويج امرأة ثم طلقها مع عدم علمه بصدور النكاح من الوكيل وعدمه، هذا.

ولكن الظاهر من كلام العلامة عدم كون نظره في الاشكال إلى مسألة عدم الجزم، مع أنّ الحكم بالصحة إذا طابق الواقع ولو لم يكن جازماً قوي جداً؛ لمنع عدم حصول قصد الانشاء كما هو المشاهد بالوجدان، مع أنّه لا اشكال على الظاهر في صحة الطلاق الاحتياطي مع عدم الجزم فيه أيضاً، فتدبّر.

٢٧٦ ـ قوله ﷺ: (والطلاق معتبر ...الخ)[١].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٧.

أقول: وذلك لأنّه إجازة للنكاح، نظير ما إذا قال السيد لعبده المتزوج بدون إذنه طلق.

ودعوى: أنّه كيف يقع الطلاق الذي هو رفع للزوجية والاجازة التي هي قبول لها؟! إذ لا يترتب عليه الزوجية حينئذٍ.

مدفوعة: بأنّه على الكشف يكون كاشفاً عن الزوجية من حين العقد إلى زمان الطلاق، وعلى النقل أيضاً نقول تحصل الزوجية آناً ما حقيقة قبل تمام الطلاق بمجرد الشروع فيه، والفرقة تحصل بتمامه، وتظهر الثمرة في حرمتها على الأب والابن؛ لكونها منكوحة لأحدهما، وفي غير ذلك من المهر ونحوه فلا اشكال، لكن الظاهر أنّه إنّما يكون معتبراً إذا كان بعنوان الاجازة مع الالتفات إلى العقد الواقع فضولاً، وإلا ففيه اشكال.

والتحقيق: عدم الاعتبار حينئذٍ، ونظير الطلاق المفروض تصرّف ذي الخيار ببيع ما كان له فيه الخيار، فانّه فسخ للعقد السابق، ويحكم بصحة البيع أيضاً بالنسبة إليه، وسيجيء تفصيل الكلام فيه في آخر باب الخيارات.

٢٧٧ ـ **قوله**ﷺ: **(بل المنفية بالأصل** ...الخ)[١].

أقول: ليت شعري إذا كانت العلاقة منفية بالأصل فمن أين يجيء الحكم بحرمة المصاهرة؟! مع كونها من أحكام الزوجية، وهي أمر نسبي لا تقبل التفكيك، وحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا دليل عليها؛ لعدم شمول العمومات، وإلا أفادت حصول الزوجية أيضاً، وعلى فرض وجود الدليل غايته عدم جواز الفسخ والتصرف[٢] المنافي، وأما حرمة المصاهرة فلا كما عرفت مما بيّناه.

٢٧٨ ـ **قوله**ﷺ: **(منها لو انسلخت** ...الخ)[٣].

أقول: هذه الثمرة حكيت عن بعض الاساطين في شرحه على القواعد[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.
(٢) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «القصر من».
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.
(٤) الشيخ جعفر في شرحه على القواعد ١٧٢.

٢٧٩ ـ **قوله**ﷺ: **(أو غيره مع كون ...الخ)**[١].

أقول: يعني غير الفطري مع اشتراط كون البيع ...الخ، فانَّ مع الارتداد عن فطرة لا يملك شيئاً، ومع الارتداد عن ملّة يملك كل شيء إلا العبد المسلم والمصحف.

٢٨٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فيصح حينئذٍ إلى الكشف ...الخ)**[٢].

أقول: يعني الكشف الحقيقي، وإلا فقد عرفت أنَّ الحكمي هو النقل، غايته أنَّه يترتب عليه أثر الكشف، فتدبّر.

٢٨١ ـ **قوله**ﷺ: **(وربما يعترض ...الخ)**[٣].

أقول: المعترض هو صاحب الجواهر[٤]، ولم يخصص الاعتراض بالأول، بل اعترض على الفروع الثلاثة جميعاً، فعلى الأول والأخير بما أشار إليه المصنِّفﷺ، وعلى الثاني بأنَّ المعتبر على الكشف والنقل رضا المالك، والفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها، وجعل خبر[٥] الصغيرين اللذين مات أحدهما على خلاف القاعدة، فلا يتعدى منه إلى غيره، ولا يخفىٰ قوة ما ذكره؛ لأنَّ أدلة صحة الفضولي قاصرة عن شمول الصورتين، أعني صورة انسلاخ القابلية عن أحد المتعاقدين، أو أحد العوضين قبل الاجازة ولو جعلناها كاشفة؛ لأنَّها إذا وقعت في محلها صارت كاشفة، ومع أحد الانسلاخين لا تقع في محلها حتى تكشف كما أشرنا إليه سابقاً.

وما ذكره المصنِّفﷺ من أنَّه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية فيه أنَّه إنَّما يكون كذلك مع عموم الأدلة، وهو ممنوع، والقياس على ما لو وقعت بيوع متعددة على ماله فأجاز الأول كما ترى؛ إذ الفرق واضح بينه وبين ما نحن فيه، فانَّ في هذا الفرض الاستمرار متحقق إلى حين الاجازة مع قطع النظر عنها، وإنَّما يستكشف عدم الملكية من جهتها، وهذا لا مانع منه، وإنَّما الممنوع عدم بقاء الملكية إلى

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤١٨.
(٤) جواهر الكلام ٢٢: ٢٩١.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب ميراث الازواج، ح ١.

حين الاجازة مع قطع النظر عنها وعن مقتضاها، وأما خبر الصغيرين فقد عرفت الجواب عنه.

وأما البعض المشار إليه من الأخبار الظاهرة أو الصريحة فهو ليس دليلاً على الفضولي، وإنّما ذكر مؤيداً؛ فلا يمكن الركون إليه في المقام، وأما اطلاق رواية عروة فهو كما ترى؛ فانّها قضية في واقعة، ولعل النبي ﷺ كان عالماً ببقاء الشاة إلى حال الاجازة.

٢٨٢ ـ **قوله ﷺ: (نعم ما ذكره أخيراً ...الخ)**(١).

أقول: اعلم أنّ الشرائط المعتبرة في البيع مختلفة، فبعضها شرط في العقد من حيث هو، وبعضها شرط في أثره، وهو الملكية، ففي القسم الثاني إذا تجدد الشرط حين القبول أو حين الاجازة لا مانع من صحته بمقتضى القاعدة، إلا أنْ يكون هناك اجماع على اعتبار استمراره من حين الايجاب إلى حين التمامية، فمثل اشتراط اسلام مشتري المسلم والمصحف يمكن أنْ يكون من قبيل الثاني؛ وذلك لأنّ الدليل إنّما دلّ على عدم ملكية الكافر للمسلم، فاذا كان حين حصول الملكية مسلماً كفى، وإنْ كان كافراً حين صدور العقد، ومسألة نجاسة المبيع أيضاً الظاهر كونها من هذا القبيل، ومثل كون الطرفين بالغين عاقلين، وكون العوضين معلومين ونحو ذلك من قبيل القسم الأول، ومثل بدو الصلاح يحتمل فيه الأمران، فعليك بملاحظة الأدلة ووجود الاجماع وعدمه، فدعوى بطلان هذه الثمرة بين الكشف والنقل كلياً كما ترى، والتحقيق التفصيل، فتدبّر.

٢٨٣ ـ **قوله ﷺ: (وربما يقال: بظهور ...الخ)**(٢).

أقول: أما الأول فكما إذا اختلف المبيع في الصحة والعيب بحسب زمان العقد والاجازة، بأنْ كان صحيحاً فصار معيباً أو بالعكس، فيختلف الحال في ثبوت الخيار بناءً على الكشف والنقل، وكذا إذا اختلف القيمة بحسب الزمانين، فيكون

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٠.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٠.

مغبوناً أو لا، وكذا بالنسبة إلى خيار المجلس فانّه ـ بناءً على الكشف ـ يكون المدار على زمان العقد، وعلى النقل على زمان الاجازة.

وأما الثاني فلأنّه إنْ قلنا بالكشف يكون ثبوت حق الشفعة من حين العقد، وإنْ قلنا بالنقل من حين الاجازة، وأيضاً إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فباع فضولي حصة أحدهما، وباع الآخر حصته من آخر، فأجاز المالك فعلى الكشف يكون حق الشفعة للمشتري من الفضولي؛ لأنّه صار شريكاً للبائع الثاني، وعلى النقل يكون للمشتري من الثاني؛ لأنّه صار شريكاً للمالك المجيز قبل تمامية بيع حصته، وإذا تمت الاجازة فله أنْ يأخذ بالشفعة بالنسبة إلى هذا البيع الذي قد تمّ من حينها، فتدبّر.

وأما الثالث فكما في خيار الحيوان، حيث يحسب مبدأ الثلاثة من حين العقد على الكشف، ومن حين الاجازة على النقل.

وأما الرابع فلأنّ المجلس الذي يعتبر القبض فيه هو مجلس العقد على الكشف، ومجلس الاجازة على النقل، لكن الظاهر عدم كفاية نفس مجلس الاجازة، بل لا بدّ من بقاء مجلس العقد إلى حين الاجازة.

وأما الخامس فكما إذا نذر التصدّق بدرهم مثلاً إذا كان يوم الجمعة مالكاً لكذا، أو نذر التصدق بجميع ما يملكه فيه، وهكذا بالنسبة إلى الحلف.

وأما السادس فسيأتي.

ثم إنّه قد يقال: بظهور الثمرة أيضاً في لزوم المعاطاة إذا اشترى بها فباعه فضولاً فأجاز ذلك بعد رجوع الطرف الآخر، فانّه على الكشف يحكم بعدم صحة الرجوع لكونه بعد النقل إلى الغير، وعلى النقل يكون قبله فيكون الاجازة في غير محلها؛ لفرض كونها بعد الرجوع، لكن فيه نظر يظهر وجهه مما مرّ، فتدبّر.

تنبيهات الاجازة

❑ التنبيه الأول: عدم الخلاف في مفهومها وإنَّما الخلاف في الحكم

٢٨٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ليس في مفهومها ...الخ)**[١].

أقول: لا *يقال*: إنَّ مقتضى بعض الوجوه المتقدمة كون الكلام في أنَّ معنى الاجازة هل هو الامضاء أو مجرد الرضا بالمضمون ؟

لأنّا نقول: على هذا أيضاً يرجع الكلام إلى أنَّ المستفاد من الأدلة أنَّ المناط هو مجرد الرضا أو ما هو ظاهر لفظ الاجازة من كونها امضاء لما وقع، فلا يكون النزاع في أنَّ مفهوم الاجازة ماذا ؟ بل في أنَّ الشرط هو هذا المفهوم أو مجرد الرضا، نعم لو كان هناك اجماع على أنَّ الفضولي بناءً على صحته إنَّما يصح بالاجازة، بحيث يكون مورد الاجماع هو هذا العنوان أمكن أنْ يرجع النزاع إلى تعيين مفهومها، لكن ليس كذلك.

٢٨٥ ـ **قوله**ﷺ: **(فلو قصد المجيز ...الخ)**[٢].

أقول: ومن فروع المسألة مسألة من باع شيئاً ثم ملك، فانَّه بناءً على كون مقتضى الأدلة الكشف ينبغي عدم صحته بالاجازة؛ لعدم امكان الكشف فيه، فتأمل.

هذا، ويمكن أنْ يقال: إنَّ مجرد كون مرجع الخلاف إلى ما ذكره المصنِّفﷺ لا يقتضي التفريع المذكور في المتن، فانَّه يمكن أنْ يكون مقتضى دليل الرضا ووجوب الوفاء كون الاجازة تابعة للقصد بحسب النقل والكشف، والأولى في عنوان المسألة ما ذكره الشيخ الكبير في شرحه على القواعد، حيث قال (وهل بناء القولين على مقتضى الظاهر فيجوز الانصراف عن مقتضى كل منهما بعد وجود الصارف من قبل العاقد، أو من خارج أو على اللزوم، فاذا تعذّر أحدهما أو صرّح

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢١.

بخلافه بطلت، وجهان أقواهما الثاني)[١] انتهىٰ.

والظاهر أنّه أشار بقوله «أو من خارج» إلى مسألة من باع شيئاً ثم ملك، فانّ المانع من الكشف فيها أمر خارج، لا دخل له بقصد العاقد، وهو عدم كون المجيز مالكاً حين العقد، فلا يمكن الكشف عن التأثير من حينه كما سيأتي إنْ شاء الله.

٢٨٦ ـ **قوله**ﷺ: **(ففي صحتها وجهان ...الخ)**[٢].

أقول: يمكن أنْ يكون المراد أنّ في صحتها على طبق ما قصد وجهين، وهذا هو الظاهر، ويحتمل أنْ يكون المراد أنّ بعد مفروغيته عدم الصحة على طبق ما قصد هل يصح على ما هو مقتضى الأدلة وجهان، من أنّه قصد النقل، والمفروض الكشف، أو العكس فلا يكون مطابقاً للواقع فلا يصح، ومن أنّه ليس على وجه التقييد، بل على وجه الداعي فيصح، والتحقيق بناءً عليه الفرق بين ما إذا كان قصده التقييد، أو كان بمجرد الداعي، فتدبّر.

❑ التنبيه الثاني: اشتراط كون الاجازة باللفظ الصريح دون الكناية

٢٨٧ ـ **قوله**ﷺ: **(الثاني أنّه يشترط ...الخ)**[٣].

أقول: لا يخفىٰ ما في العبارة من عدم حسن التعبير، والأولى في عنوان المسألة أنْ يقال هل يشترط في الاجازة أنْ يكون انشاؤها باللفظ الصريح أو يكفي الكناية أيضاً ؟ أو يكفي الانشاء بالفعل أيضاً ؟ أو لا يعتبر فيها انشاء الامضاء، بل يكفي ما دلَّ على الرضا ؟ أو يكفي الرضا الباطني ولو بغير دال ؟

ثم إنّ الأقوىٰ هو الوجه الثالث كما في الرد والفسخ ونحوهما أيضاً، ولشمول العمومات بعد مثل هذه الاجازة، ودليل من اعتبر اللفظ الصريح ما أشار إليه المصنّفﷺ من الوجهين، ولعل نظر من اكتفى بالكناية أيضاً إلى أنّ مقتضى

---

(١) شرح القواعد ١٧١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢١.

قوله عليه السلام (إنّما يحلل الكلام ويحرّم الكلام)[1] اعتبار اللفظ، ولا دليل على اعتبار الصراحة، مضافاً إلى ظاهر رواية عروة.

وأما ما يظهر من المصنّف رحمه الله بقوله الوجه الأخير مستدلاً عليه بعدم استظهاره من فتاوى العلماء بالعمومات وجملة من النصوص الخاصة ففيه نظر؛ لأنّ العمومات غير شاملة لعقد غير المالك إلا بعد انتسابه إليه، وهو لا يكون إلا بعد الامضاء والاجازة، ومجرد الرضا الباطني لا يصحح ذلك، وذلك لما عرفت سابقاً من أنّ معنى قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ أوفوا بعقودكم، وكذلك ﴿ أحلَّ الله البيع ﴾، ولذا لا نكتفي بمجرد هذا الرضا في الخروج عن الفضولية إذا كان موجوداً من حين العقد حسبما اعترف به رحمه الله، وأما النصوص الخاصة فسيأتي ما فيها.

٢٨٨ ـ **قوله رحمه الله: (فقد علل جماعة ...الخ)**[2].

أقول: لا دلالة في هذا التعليل إلا على عدم اعتبار اللفظ، وأما كفاية مجرد الرضا من أي طريق علم فلا دلالة فيه عليها، وكذا فيما ذكروه في انكار الموكل وحلفه، وفي سكوت البكر، ودعوى أنّ الظاهر أنّ كل من قال بكفاية الفعل الكاشف اكتفى به من جهة الرضا ممنوعة جداً، بل الظاهر أنّه من جهة كونه انشاء فعلياً، ولا أقل من الاحتمال.

٢٨٩ ـ **قوله رحمه الله: (وقد صرح غير واحد ...الخ)**[3].

أقول: ولا دلالة فيه أيضاً؛ إذ هذا الكلام وارد في مقام بيان الصحة بالاجازة، فمساقه مساق بيان عدم البطلان من الأصل، وليس في مقام بيان أنّ مجرد الرضا كافٍ أو لا بدّ من الانشاء، مع أنّ الظاهر أنّ باب إجازة عقد المكره وعقد الفضولي ليس على نسق واحد، ففي الأول يكفي مجرد الرضا؛ لأنّ العقد صادر من المالك، وليس فاقداً إلا للرضا، فاذا حصل كفى، بخلاف باب الفضولي فانّ العقد ليس

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٤.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٣.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٤.

عقداً للمالك، ولا يصير له إلا بالامضاء قولاً أو فعلاً، وإلا فبمجرد الرضا الباطني لا ينسب العقد إليه حسبما عرفت مراراً.

٢٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد ورد فيمن زوجت ...الخ)**[١].

أقول: كما في صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: (سألت أبا الحسنعليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنّه يلزمها ذلك ففزعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر، ولا سبيل للزوج عليها؟ قالعليه السلام: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج ؟ قالعليه السلام: نعم)[٢].

قلت: الاستدلال بهذه الرواية موقوف على حملها على توكيل المرأة غيرها في حال السكر في اجراء الصيغة؛ ليكون من باب الفضولي حيث إنّ التوكيل باطل، وإلا فلا يمكن العمل بها بظاهرها؛ لأنّ الصيغة الصادرة من السكران لا اعتبار بها ولو مع لحوق الاجازة؛ إذ هو كالصبي مسلوب العبارة، وإنْ عمل بها ـ كما عن بعضهم ـ فلا بدّ من الاقتصار عليها لكونها على خلاف القاعدة، هذا مع أنّ الاقامة مع الزوج بعنوان الزوجية من الاجازة الفعلية، وقوله «فهو رضا منها» لا يدل إلا على كفاية مثل هذا الرضا، فتأمل.

هذا مع أنّ انكارها من الأول رد للعقد، ودعوى أنّ المراد من الانكار ليس ظاهره، بل الكراهة والوحشة مما صدر منها مسلمة، لكن مثل هذا كافٍ في الرد إذا كان مجرد الرضا كافياً في الاجازة، فتأمل.

٢٩١ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد عرفت أيضاً استدلالهم ...الخ)**[٣].

أقول: هذا الاستدلال منهم مع تصريحهم بأنّ الصحة موقوفة على الاجازة

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٤.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٤من ابواب عقد النكاح، ح ١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٤.

الظاهرة في الامضاء القولي أو الفعلي لا يكون دليلاً على مدعى المصنِّفﷺ، بل يظهر منهم أنَّ هذا التعبير منهم في مقام المسامحة، ومن حيث إنَّ ملاك بالاجازة هو الرضا.

٢٩٢ ـ **قولهﷺ: (مضافاً إلى ما ورد في عدة أخبار ...الخ)**[١].

أقول: كصحيحة ابن وهب (جاء رجل إلى أبي عبداللهﷺ فقال: إني كنت مملوكاً لقوم، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن مولاي، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إيّاها حين أعتقت ؟ فقالﷺ: أكانوا علموا أنَّك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال: نعم، وسكتوا عني ولم يغيروا عليَّ. فقالﷺ: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم، أنت على نكاحك الأول)[٢].

ويمكن الجواب بأنَّ السكوت في مثل المقام امضاء عرفي، مع أنَّ لنكاح العبد خصوصية؛ حيث إنَّ العقد لنفسه وإنَّما المفقود إذن المولى ورضاه، فيكفي مجرد الرضا، بخلاف سائر الفضوليات فانَّها تحتاج إلى انشاء الامضاء ليصير العقد عقداً له حسبما عرفت.

ومن ذلك يظهر الجواب عن الخبر الآتي، وما دلَّ على أنَّ المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد التي ترتفع بالرضا، فانَّ بابه غير باب سائر الفضوليات.

٢٩٣ ـ **قولهﷺ: (وما دلَّ على أنَّ قول المولى ...الخ)**[٣].

أقول: كخبر علي بن جعفرﷺ عن أخيه موسىﷺ عن أبيه عن آبائه عن عليﷺ (أنَّه أتاه رجل بعبده، فقال: إنَّ عبدي تزوّج بغير إذني. فقال عليﷺ: لسيده فرّق بينهما. فقال السيد: لعبده يا عدو الله طلّق. فقال: كيف قلت له ؟ قال: قلت له طلّق. فقالﷺ: للعبد أما الآن فانْ شئت فطلّق وإنْ شئت فأمسك. فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري. قال: ذلك لأنَّك حين قلت له طلّق

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٤.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٥.

أقررت له بالنكاح)[١].

وفيه: ـ مضافاً إلى ما عرفت ـ أنّ ظاهره مما لا يمكن العمل به؛ لأنّ من المعلوم أنّه لم يكن قصد السيد إجازة النكاح ، فتدبّر.

٢٩٤ ـ **قوله**ﷺ: **(وما دلَّ على أنَّ التصرف** ...الخ)[٢].

أقول: كقوله‌عليه‌السلام (فانْ أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه، ولا شرط له. قيل له: وما الحدث ؟ قال: إنْ لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء)[٣].

وفيه: ـ مضافاً إلى كونه قياساً؛ إذ الكلام في إجازة الفضولي، لا في اسقاط الخيار ـ أنّ ظاهره كون التصرّف الكذائي كافياً من حيث مناط الرضا، لا مجرد الرضا الباطني، فتدبّر.

٢٩٥ ـ **قوله**ﷺ: **(إلا أنْ يلتزم بعدم كون** ...الخ)[٤].

أقول: وفيه ما فيه.

❏ التنبيه الثالث: يعتبر عدم سبقها بالرد

٢٩٦ ـ **قوله**ﷺ: **(والدليل عليه بعد ظهور** ...الخ)[٥].

أقول: الحق أنّ الرد من المالك غير مانع من الاجازة بعد ذلك، ولا يوجب الفسخ؛ وذلك لعدم تمامية الوجوه المذكورة، فلا مانع من العمل بالصحيحة الظاهرة في ذلك، ولا داعي إلى طرحها أو تأويلها، أما ظهور الاجماع ـ فمضافاً إلى المنع منه ـ لا دليل على حجيته ما لم يصل حد القطع، بل أقول لا يصح دعوى الاجماع القطعي على بطلان العقد إذا تخلل الرد من القابل بين الايجاب والقبول،

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٥.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ١.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٦.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٦.

نعم لا يبعد دعواه على بطلانه إذا رد الموجب ايجابه قبل قبول القابل، مع أنَّه بمقتضى القاعدة أيضاً؛ إذ لا يصدق المعاهدة بين الشخصين إذا رجع أحدهما عن عهده قبل قبول الآخر، وأما رد الآخر ثم قبوله فلا ينافي صدق المعاهدة، ولا هو مورد الاجماع.

وبالجملة: فالقدر المسلّم من الاجماع إنْ سلّم إنَّما هو البطلان إذا ردَّ الموجب ايجابه، مع أنَّه بمقتضى القاعدة، لا إذا ردَّ القابل قبل قبوله، فضلاً عما نحن فيه من ردِّ المجيز قبل إجازته، مع فرض كون طرفي المعاهدة غيره، وقد حصلت بينهما، وهو باجازته يجعل ذلك العقد لنفسه.

ومما ذكرنا ظهر ما في الوجه الثاني ـ وهو كون المجيز بمنزلة أحد طرفي المعاهدة ـ فانَّه ممنوع أولاً، ولا يثمر ثانياً، خصوصاً مع عدم كون الحكم في المقيس عليه مسلّماً، فانَّ بطلان الايجاب برد القابل قبل قبوله غير مسلّم؛ لعدم معلومية الاجماع، وعدم كونه مقتضى القاعدة كما عرفت.

ويؤيد ما ذكرنا أنَّه لا اشكال في أنَّه لو نام أو غفل أو غاب أحد طرفي المعاملة قبل مجيء الطرف الآخر بطل قطعاً، وليس الحال في الاجازة كذلك؛ إذ لا اشكال في أنَّه يجوز الاجازة مع غيبة الآخر أو نومه أو غفلته أو نحو ذلك، فتدبّر.

وأما الوجه الثالث ـ وهو دليل السلطنة ـ ففيه:

أولاً: أنَّا لا نسلّم حصول الغفلة للطرف الآخر حتى يحتاج إلى قطعها، بل المال بعد بيع الفضولي باقٍ بحاله، ولم يتعلّق به حق الغير، نعم للمالك أنْ ينقله إليه بالاجازة، كما كان له أنْ ينقله إليه قبل هذا البيع بالبيع، ومثل هذا حكم شرعي، ولا يعدُّ من العلقة، كيف ؟ وإلا كان بيع الفضولي حراماً؛ لأنَّه تصرّف في مال الغير باحداث هذه العلقة، وأيضاً لازم ذلك أنْ يجوز للمالك أنْ يقطع سلطنة الناس، أو خصوص شخص خاص عن ماله بجواز شرائه، وليس كذلك قطعاً؛ وذلك لأنَّه كما أشرنا إليه من الاحكام الشرعية لا العلاقات الثابتة للاجانب.

وثانياً: نقول إنَّ قاعدة السلطنة متعارضة؛ لأنَّ مقتضاها جواز أنْ يجيز بعد الرد؛

لأنّه مقتضى سلطنته على ماله.

وثالثاً: قد مرَّ من المصنِّف ﷺ سابقاً أنَّ قاعدة السلطنة إنّما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع والهبة ونحوهما، لا جميع ما أراده المالك؛ إذ ليست مشرِّعة، فهي تنفع في جواز سائر ما ثبت صحته شرعاً؛ ولذا نقول إنَّ المال لا يمكن أنْ يخرج عن الملك بالاعراض من جهة قاعدة السلطنة، وكذا إذا أراد نوعاً من المعاملات الغير المتعارفة المعهودة، فانّه لا يمكن اثباته بهذه القاعدة، ولعله إلى ما ذكرنا أشار بقوله «فتأمل».

٢٩٧ ـ **قوله** ﷺ: **(لا مثل أخذ المبيع** ...الخ)[1].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ أخذ المبيع إذا كان بعنوان كونه كارهاً للبيع لا يقصر عن سائر التصرفات، خصوصاً مثل الوطىء الذي يمكن أنْ يقال إنَّه إذا لم يكن بعنوان الفسخ لا يكون فاسخاً، ولذا ذكر بعضهم أنّه لا يحصل منه الرجوع في الطلاق إذا لم يكن بقصده، بل يعد من الزنا، مع أنَّ الأمر في رجوع الطلاق أهون من غيره على ما بيّن في محله.

وبالجملة: فلا ينبغي التأمل في ظهور الصحيحة في صحة الاجازة بعد الرد، ويجب العمل عليها، فتدبّر.

❑ التنبيه الرابع: أنَّ الاجازة لا تورث

٢٩٨ ـ **قوله** ﷺ: **(الرابع: الاجازة أثر من آثار** ...الخ)[2].

أقول: يعني أنَّ جواز الاجازة ليس من الحقوق، بل هو من الأحكام الشرعية، فلا يتعلّق به الارث؛ لأنَّ الحكم لا يورث، وقد عرفت الفرق بين الحق والحكم في أول باب البيع[3]، وعرفت أنَّ تشخيص الصغريات في غاية الاشكال، ولذا حكي

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٧.

(٣) ج ١ تعليقة ٣٧٥.

عن بعض الفقهاء[١] أنّ ذلك مما يميزه النبيه بذوقه، وليس له معيار كلي، نعم حكي عن صاحب الجواهر أنّ كل ما عُبّر عنه بالحق في الأدلة الشرعية فهو من الحقوق، وغيره يبنى على كونه حكماً في صورة الشك؛ لأنّ الأصل عدم ترتب آثار الحق، فتدبّر.

٢٩٩ ـ **قوله**: **(والفرق بين ...الخ)**[٢].

أقول: فانّه لو قلنا بارث المال فلا ترث الزوجة إذا كان المبيع مما تُحرم منه، بخلاف ما لو قلنا بارث حق الاجازة فانّها ترثه على أحد الوجوه أو الأقوال، وأيضاً بناءً على الأول ليس لكل من الورثة إلا الاجازة في مقدار ماله من العين، بخلافه على الثاني فانّه يمكن أنّ يقال يرث كل واحد منهم الاجازة والرد بالنسبة إلى تمام المبيع على حسبما ذكروه في ارث حق الخيار، فانّ منهم من قال هناك بأنّ كل واحد يرث ذلك الخيار، فله الفسخ والامضاء بالنسبة إلى تمام المبيع، نعم ذكر بعضهم هناك أنّ كل واحد منهم يرث حق الخيار بالنسبة إلى مقدار إرثه من العين، وبعضهم أنّ الخيار يرثه المجموع من حيث المجموع، فليس لواحد منهم الفسخ مستقلاً، لا في الكل ولا في البعض.

والحاصل: أنّه بناءً على الثاني يجري الخلاف المذكور في باب إرث الخيار، بخلافه على الأول فانّ الاجازة تابعة لمقدار ارثه من العين قولاً واحداً.

❑ التنبيه الخامس: أنَّ اجازة البيع ليست اجازة قبض الثمن أو المثمن

٣٠٠ ـ **قوله**: **(مضت الاجازة لأنّ مرجع ...الخ)**[٣].

أقول: لا يخفىٰ أنّ الفضولية إنّما تجري في التصرفات المعاملية بناءً على عموم دليلها، لا في الأفعال الخارجية التي لها آثار شرعية، والقبض في المعين من الأفعال الخارجية، فهو أولى بالاشكال من القبض في الكلي؛ لأنّ تشخيص الكلي

---

(١) صاحب انوار الفقاهة، ولد الشيخ الكبير الشيخ حسن رحمه الله، منه.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٧.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٨.

المملوك بالفرد وتعيينه فيه نوع من المعاملة؛ لأنَّه من باب الوفاء، وهو في اللب مبادلة بين الكلي والفرد المتشخص، فما ذكره المصنِّف من جريانه في العين دون الكلي لاحتياجه إلى دليل معمم كما ترىٰ.

وما ذكره من أنَّ مرجعه إلى اسقاط الضمان فيه أنَّ ذلك لا دخل له بالقبض، فترتيب آثاره لا وجه له، مثلاً إذا دلَّ الدليل على أنَّ التلف قبل القبض من مال مالكه لا يترتب عليه؛ لأنَّه ليس قبضاً حتى يرتفع به الضمان المعلّق على القبض.

ثم إنَّه ربما يورد عليه أنَّه من قبيل اسقاط ما لم يجب، وهو غير جائز؛ لأنَّ المشتري لم يصر ضامناً بالفعل حتى يجوز اسقاط ضمانه.

ويمكن أنْ يقال: إنَّ مفروض كلامه فيما إذا تلف المقبوض في يد الفضولي، فيكون ضمان المشتري الأصيل فعلياً، لكن يشكل بأنَّه حينئذٍ يمكن دعوى عدم صحة الاجازة لفوات المحل، لكن المصنِّفﷺ بنى على عدم فواته بناءً على الكشف.

والأولى أنْ يقال: إنَّه ليس اسقاطاً لما لم يجب؛ لأنَّ هذا المقدار من الوجوب كافٍ في صحة الاسقاط، بل هو التحقيق، ولذا نقول يصح اسقاط ضمان الودعي على فرض التعدِّي أو التفريط ولو كان قبل ذلك، لكن حكي عن المصنِّفﷺ أنَّه منع من ذلك، فعلى هذا لا بدَّ أنْ يختص كلامه بصورة التلف.

٣٠١ ـ **قولهﷺ: (صوناً للاجازة ...الخ)**[1].

أقول: هذا إنَّما يتم إذا كان المجيز عالماً بأنَّ البيع بدون القبض باطل، وإلا فلا يحمل على كونه إجازة للقبض أيضاً.

ثم إنَّه فرع كون القبض قابلاً للفضولية، وهو إنَّما يتم على مختار المصنِّف فيما إذا كان العوض شخصياً، لا فيما إذا كان كلياً، لكن قد عرفت أنَّ في الأمر الشخصي أشكل؛ لأنَّ اسقاط الضمان لا دخل له بالقبض المعتبر في صحة الصرف والسلم.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٨.

٣٠٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وجهان** ...الخ)[١].

أقول: لا وجه للوجه الثاني؛ إذ بعد كونه في مقام الجد لا معنى للحكم بصحة العقد وبطلان رد القبض، مع أنّه صرّح بعدم الرضا به، فالحكم ببطلان العقد متعين كما مرَّ في نظيره.

❑ التنبيه السادس: الاجازة ليست فورية

٣٠٣ ـ **قوله**ﷺ: **(أو اجبار المالك على أحد الأمرين** ...الخ)[٢].

أقول: الظاهر أنّه يتعين الاجبار أولاً، فانْ لم يمكن أو لم يختر أحد الأمرين فللأصيل الخيار، فالحكم بالخيار من أول الأمر لا دليل عليه، ثم إنَّ هذا بناءً على ما ذهب إليه المصنِّفﷺ وغيره من لزوم المعاملة على الأصيل، وإلا كما هو الحق فلا اشكال.

٣٠٤ ـ **قوله**ﷺ: **(الأقوى التفصيل** ...الخ)[٣].

أقول: لا يخفى أنَّ هذه المسألة نظير مسألة الفسخ بالخيار في جواز التبعيض وعدمه، وسيأتي في باب الخيارات أنَّ مقتضى القاعدة عدم جوازه إلا إذا كانت المعاملة راجعة إلى معاملتين، ومعيار ذلك إما تعدد المالكين، أو تعدد الثمن، كأنْ يقول بعتك هذا الكتاب نصفه بخمسة دراهم، ونصفه الآخر بستة أو بدينار، فحينئذٍ يجوز لصاحب الخيار أنْ يفسخ في أحد النصفين دون الآخر، وكذا في تعدد المالك، وليس مناط المسألة قابلية الجزء من حيث هو للتبعيض، فانّه جارٍ في جميع الصور، فانَّ في البيع الواحد أيضاً إذا خرج بعض المبيع مستحقاً للغير، أو كان مما لا يقبل البيع يصح البيع بالنسبة إلى القدر المملوك، فلا وجه للمقايسة بتلك المسألة، وعلى تقديره ينبغي أنْ يبني المسألة في الشرط أيضاً على الخلاف في أنَّ الشرط الفاسد مفسد أو لا، لا الحكم بعدم جواز التفكيك بقول مطلق، فانَّ

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٩.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٩.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٢٩.

بطلان الشرط عند بعضهم كبطلان الجزء في عدم ايجابه الفساد بالنسبة إلى المشروط، بل هو الأقوىٰ حسبما يأتي في باب الشروط.

والسر فيه أنَّ الشرط في ضمن العقود ليس بمعنى ما يلزم من عدمه العدم، بل بمعنى الالتزام في الالتزام، فلو قلنا بجواز التبعيض في الجزء لزم القول به في الشرط أيضاً، بل هو أولى، فله الاجازة مجرداً عن الشرط، غايته أنَّه إذا لم يرضَ به الآخر كان له الخيار.

بل أقول: إذا رضي الآخر لا ينبغي الاشكال في جوازه؛ لأنَّه في الحقيقة راجع إلى اسقاط حق الشرط بالنسبة إليه، وهو مما لا مانع منه.

ومن هنا يمكن أنْ يقال: إنَّ الأمر في الشرط أسهل منه في الجزء إذا لم يرجع فيه إلى تعدد المعاملة.

وبالجملة: التحقيق عدم جواز التبعيض من حيث الشرط مطلقاً، ومن حيث الجزء أيضاً، إلا إذا رجع إلى تعدد المعاملة كما في الفسخ بالخيار، نعم يجوز من حيث الشرط أيضاً؛ من حيث إنَّه راجع إلى اسقاط الحق.

٣٠٥ ـ قوله ﷺ: (ولو انعكس الأمر ...الخ)(١).

أقول: الأقوىٰ هو الوجه الأول؛ وذلك لعموم ما دلَّ على وجوب الوفاء بالشروط، خرج منه الشروط البدوية المحضة، لا مثل الشروط بين الايجاب والقبول، أو بين العقد والاجازة إذا كان المفروض رضا الآخر به.

وأما وجه الاحتمال الثاني فهو أنَّ الاجازة وإنْ حصلت مع الشرط، إلا أن الشرط إذا لم يجب الوفاء به لعدم كونه في ضمن العقد فيبقى العقد واجب الوفاء، ولا يوجب بطلان هذا الشرط بطلانه؛ لعدم كونه من باب القيد، بل من باب الالتزام في الالتزام، فهو نظير الشروط الفاسدة في ضمن العقود، وكما لا يوجب فسادها فساد العقد لعدم كونها قيداً في العقد وفي الرضا فكذا في المقام لا يكون قيداً في الاجازة، بل من باب تعدد الالتزام، فعدم وجوب الوفاء بأحدهما، لا يستلزم عدم

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٠.

وجوب الوفاء بالآخر، ولا فرق في هذا بين أنْ يرضى الأصيل بهذا الشرط أو لا.

نعم، يمكن دعوى خيار الفسخ للمجيز من جهة تخلّف هذا الشرط، كما نقول به في الشروط الفاسدة.

وأما وجه الاحتمال الثالث فواضح، وهو كون الاجازة مقيدة بالشرط الذي لم يسلم له، وكون المجموع التزاماً واحداً.

لكن فيه ما عرفت، فانَّ الاجازة المشروطة نظير العقد المشروط، وكما لا يوجب بطلان الشرط في الثاني بطلانه؛ لعدم كونه قيداً، بل التزاماً في التزام، وراجعاً إلى تعدد المطلوب فكذا في الأول ، فتدبّر.

ومما ذكرنا ظهر أنَّ كون الوجه الأخير أقوى الوجوه إنَّما هو بناءً على عدم وجوب الوفاء بالشروط الغير المذكورة في متن العقد، وكون الشرط الفاسد مفسداً، وإلا فهو أضعفها.

بقي هنا أمران:

أحدهما: أنَّ الخلاف في كون الاجازة كاشفة أو ناقلة إنَّما هو إذا كانت بعد تمامية أجزاء العقد وشرائط صحته، وأما إذا كانت قبل ذلك فلا تكون كاشفة ولا ناقلة، كما إذا أوجب الفضولي البيع فأجاز المالك قبل قبول الآخر، أو كان البيع موقوفاً على القبض كالصرف والسلم إذا أجاز قبله، وقبل تفرّق المجلس بناءً على كون القبض شرطاً في الصحة، وكما في إجازة الرهن قبل القبض.

الثاني: ذكر في الجواهر[1] أنَّه قد يقال بتصوّر حكم الفضولي من الانسان نفسه كما لو عقد بقصد إرادة نفس العقد مصرحاً بتأخير الرضا إلى ما بعد ذلك، ثم جعل من ذلك بيع التلجئة ونحوه مما قصد به التواطي على ايقاع الصورة دون الحقيقة، فاذا أجاز بعد ذلك حكم بصحته.

قلت: وهو مشكل؛ لأنَّه إما أنْ يكون قاصداً للانشاء حقيقة، غير أنَّه غير راضٍ به كما في الاكراه، وإما أنْ يكون بمجرد ايجاد الصورة من دون قصد الحقيقة، فعلى

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٩٥.

الثاني يكون كبيع الهازل في أنّه صوري، ولا يصح ولو بالاجازة اللاحقة، وعلى الأول يجب الحكم بالصحة من دون حاجة إلى الاجازة، وذلك لما عرفت في بيع المكره من أنّ مقتضى القاعدة الصحة لولا دليل رفع الاكراه؛ إذ القدر المعتبر في صحة البيع من الرضا موجود، ولذا نحكم بصحة بيع المضطر إلى البيع وإنْ كان كارهاً قلباً؛ وذلك من جهة كفاية الرضا الحاصل بعد هذا الاضطرار، وكون عدم طيب النفس في الحقيقة راجعاً إلى كراهة حدوث سبب الاضطرار، وكذلك الحال في الاكراه بعد، فانّه بعد حصوله بتوعيد المكره يرضى بالبيع لدفع ضرره وإنْ كان كارهاً قلباً، فكان مقتضى القاعدة لولا دليل رفع الاكراه صحة البيع إلا إذا لم يقصد إلا اللفظ.

ففي بيع التلجئة أيضاً نقول إذا كان قصده مجرد الصورة فلا يصح بالاجازة أيضاً، وإنْ كان قصده الحقيقة فهو صحيح، ولا دليل على توقفه على الاجازة.

نعم، يمكن تصور الفضولية في المالك إذا باع بتخيل أنّه مال الغير فبان كونه مال نفسه حسبما أشرنا إليه سابقاً، وسيأتي التعرض له في كلام المصنّف ﷺ.

❑ المجيز

٣٠٦ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا فرق فيما ذكر بين القول** ...الخ)[١].

أقول: يمكن أنْ يقال بناءً على الكشف يمضي اجازته من غير توقف على إجازة الورثة إذا كان البيع في حال صحته، بدعوى أنّه محجور من التصرفات في ماله حال المرض بما زاد على الثلث، والاجازة ليست منها، بل هي شرط لنفوذ التصرفات، فهي نظير القبض الموقوف عليه صحة المعاملة، كالوقف والصرف والسلم، ولا يبعد عدم الحجر بالنسبة إليه، فاذا وقف في حال الصحة، ثم أقبضه في حال المرض أمكن أنْ يقال بعدم توقفه على الاجازة من الواث، فتأمل وراجع فاني لم أرَ من تعرّض للمسألة، وغرضي إبداء الاحتمال.

نعم، مقتضى ما يمكن أنْ يستفاد منهم من أنَّ كل تصرّف يوجب نقصاً في المال كان من المريض موقوفاً على الاجازة هو ما ذكره المصنِّفﷺ، فانَّ الاجازة كذلك ولو على الكشف، بمعنى الشرط المتأخر، نعم على الكشف الحقيقي المحض بحيث لا يكون للاجازة مدخل إلا كونها علامة لا ينبغي الاشكال في عدم الحجر، فتدبّر.

هذا، وأما المفلس إذا أجاز في حال حجره ما أوقعه الفضولي في حال عدم الحجر فهل هو محجور فيها إذا كانت مضرة بحال الغرماء ففيه اشكال، ومقتضى ما ذكروه ـ من أنّه لو اشترى بخيار، وفلّس والخيار باقٍ كان له الاجازة والفسخ؛ لأنّه ليس بابتداء تصرّف ـ كون المقام كذلك، فانَّ الاجازة على الكشف ليست بابتداء تصرّف، فتدبّر.

٣٠٧ ـ **قوله**ﷺ: **(مضافاً إلى ما قيل** ...الخ)[٢].

أقول: أسنده إلى القيل لامكان دعوى الفرق بأنَّ الامتناع فيما نحن فيه شرعي،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣١.

بخلافه في مورد النقض، لكن الانصاف أنّه غير فارق، فتدبّر.

٣٠٨ ـ **قوله**ﷺ: **(فيرجع الكلام أيضاً** ...الخ)(١).

أقول: يعني أنَّه على هذا يخرج عن العنوان المذكور، وهو وجود المجيز الظاهر في وجود ذاته في جميع المقامات، ذاته موجود حتى في هذا الفرض، غايته أنّه لا يمكنه الاجازة؛ لعدم المصلحة، فيرجع إلى اشتراط وجود مجيز جائز الاجازة، وعليه يدخل في العنوان الآتي، وهو اشتراط كونه جائز التصرف حال العقد؛ إذ الولي حال العقد ـ الذي لا مصلحة فيه ـ ليس جائز التصرف، وإنّما يصير كذلك بعد انقلاب المفسدة مصلحة.

إلا أنْ يقال: إنَّ العنوان الآتي هو اشتراط كونه جائز التصرف في حد نفسه، والولي في حد نفسه جائز التصرف، وإنّما المانع في العقد لا فيه، فتأمل.

هذا وإنّما قالﷺ فانّه فرض غير واقع في الأموال، فانَّ في غير الأموال يمكن عدم وجود ذات المجيز كما في النكاح بناءً على عدم الولاية لغير الأب والجد والوصي، إلا أنْ يقال إنَّ ذات المجيز حينئذٍ هو الصغير، فانّه بعد بلوغه يصح له الاجازة، فتدبّر.

٣٠٩ ـ **قوله**ﷺ: **(فالكلام يقع في مسائل** ...الخ)(٢).

أقول: لا يخفىٰ أنَّ المترائى من هذا التفريع كون المسائل المشار إليها هي المفهومة من الشقوق المذكورة، بأنْ يكون احداها ما إذا لم يكن جائز التصرف حال العقد؛ لكونه غير مالك، والثانية لكونه محجوراً لسفه أو جنون، والثالثة لتعلق حق الغير كالرهن مع أنّهﷺ جعل المسألة الأولى أعم من الأخيرتين، والثانية هي الأولى، وهي كونه غير مالك، والثالثة ما لا دخل له بهذا العنوان كما سيأتي في كلامه؛ حيث يقول المسألة الثالثة ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف.

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٣.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٤.

ثم إنَّ الشقوق التي يذكرها في المسألة الثانية لا طائل تحتها، وكذلك جعله المهم هنا التعرّض لمسألتين، فانَّ المسألة الثانية ـ وهي أنَّه هل يصح بلا إجازة أو لا ـ يمكن درجها في الأولى، بأنْ يقال إذا باع شيئاً ثم ملكه فهل يصح بلا إجازة أو معها، أو لا يصح أصلاً ؟ وجوه أو أقوال.

وكان الأولى في التعرّض لهذه المسائل أنْ يعنون هكذا الكلام في أمور:

أحدها: يشترط في المجيز أنْ يكون جائز التصرف حال الاجازة.

الثاني: هل يشترط وجود مجيز جائز الاجازة حال العقد أو لا ؟

الثالث: هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حال العقد بناءً على اشتراط وجود مجيز جائز الاجازة أو لا ؟ وأما بناءً على عدم اشتراطه فمن المعلوم أنَّه لا يشترط ذلك، فالمسألة الثالثة مبنية على اشتراط وجود المجيز، فيكون الكلام في أنَّه هل يجب أنْ يكون هو الذي كان حال العقد جائز الاجازة، أو يجوز أنْ يكون غيره ؟

الرابع: هل يشترط أنْ يكون مالكاً حال العقد أو لا؟ كما إذا باع شيئاً ثم ملك.

الخامس: إذا باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان ...الخ.

٣١٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فانَّه لا حاجة إلى الاجازة** ...الخ)[1].

أقول: وحينئذٍ فيندفع ما ربما يستشكل في صحة البيع المفروض بأنَّه موقوف على إجازة المرتهن، وقد فات محلها؛ لعدم تعلّق حقه به بعد الفك؛ فلا يمكن تصحيحه لا باجازة الراهن ولا باجازة المرتهن؛ وذلك لمنع التوقف المزبور، وإنَّما كان ذلك مادامت الرهانة باقية، بل قد عرفت سابقاً امكان بل قوة منع التوقف على إجازته حالها أيضاً، وإنَّما كان له حق المنع، ومرجع إجازته إلى اسقاط ذلك، وإلا فلا دخل له بالبيع ليجيز أو يرد، ومن ذلك يمكن دعوى أنَّه لو ردَّه ثم أسقط حقة أو انفك الرهن صح البيع لارتفاع المانع وعدم تأثير رده شيئاً، فالمقتضي ـ وهو صدور العقد من المالك ـ موجود، والمانع مرتفع.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٤.

نعم، يمكن أن يستشكل في الصحة بأنَّ الفك إما كاشف أو ناقل، فعلى الأول يلزم صحة التصرف في العين المرهونة حال بقاء الرهانة، وعلى الثاني يلزم التعليق، ولعله لذا حكي عن القواعد أنّه قال (لو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر)[1]، وعن التحرير (وفي نفوذ العتق لو فك اشكال)[2]، وعن الشهيد في الدروس[3] وغيره منع نفوذ العتق خلافاً للمشهور من الحكم بالنفوذ.

والجواب أولاً: أنّا نختار النقل؛ لعدم الدليل على الكشف في المقام؛ إذ ليس حال الفك حال الاجازة، بل هو نظير القبض في الصرف والسلم في عدم كونه إلا ناقلاً.

ودعوى التعليق ممنوعة؛ إذ هو تعليق شرعي لا دخل له بانشاء المعاملة.

وثانياً: لو قلنا بالكشف نقول لا مانع منه، فانَّ القدر المسلّم هو عدم صحة التصرف في الرهن الذي لا يتعقّبه الفك، وأما ما يتعقّبه الفك فلا مانع من الحكم بصحة التصرف فيه، غايته أنّه يلزم كون مال المشتري رهناً بدون إذنه، ولا مانع منه.

ويمكن أنْ يدعى أنَّ الفك يكشف عن بطلان الرهانة حين العقد، لكنه كما ترى.

والانصاف أنَّ الحكم بالكشف مشكل، وفي مثل العتق والوقف أشكل لأنّه يلزم منه كون الحر رهناً أو الوقف رهناً إلى حين الفك، ولا يمكن الالتزام به، ولعله إليه نظر من حكم بالصحة في غير العتق، وبالبطلان فيه، أو في الوقف أيضاً، فالتحقيق هو الحكم بالصحة حين الفك، وليس حاله حال الاجازة.

فان قلت: هذا الاشكال يرد على تقدير إجازة المرتهن قبل الفك أيضاً، فانّه يلزم صحة التصرف في الرهن حال كونه رهناً.

قلت: لا مانع منه، فانَّ فيه نختار أنَّ الاجازة منه كاشفة عن بطلان الرهانة حين

---

(١) القواعد ١: ١٦٠.

(٢) التحرير ١: ٢٠٧.

(٣) الدروس الشرعية ٢: ٣٩٨.

العقد، لكن هذا إنّما يتم إذا قلنا بكونه محتاجاً إلى الاجازة من حيث إنّها إجازة، وأما إذا قلنا بأنّها مسقطة للحق كما اخترناه فنلتزم بكونها ناقلة؛ لأنّ السقوط إنّما يحصل حينها.

ومما ذكرنا ظهر دفع ما يمكن أنْ يقال إنّ هذه المسألة في الاشكال نظير مسألة من باع شيئاً ثم ملك، فانّه حين التصرف ليس مالكاً للتصرف وإنْ كان مالكاً للمال، ولا فرق بين وجود المانع حين العقد كما في المقام أو فقد الشرط كما في تلك، وجه الدفع أنّ عمدة الاشكال في تلك المسألة لزوم صحة التصرف بناءً على الكشف مع عدم كونه مالكاً؛ فيلزم صحة نقل مال الغير لنفسه، وفي المقام قد عرفت أنّ الفك ناقل لا كاشف، وأنّ المقتضي وهو العقد من المالك موجود، وإذا ارتفع المانع أثّر أثره، نعم بناءً على الكشف الاشكال مشترك كما عرفت.

ثم إنّ مسألة تصرّف المحجور لفلس ثم زوال حجره كهذه المسألة، فمقتضى القاعدة صحته من دون حاجة إلى إجازته، ولا إلى إجازة الغرماء، بل عدم مانعية ردهم قبل زوال الحجر كما نسب إلى ظاهر جماعة، وصريح التذكرة[١]، لكن يظهر من جماعة كابن الجنيد[٢] والشيخ في المبسوط والفاضل وولده في التحرير[٣] والايضاح[٤] بطلانه ولو مع الاجازة بعد رفع الحجر، قال في الشرائع (فلو تصرّف كان باطلاً، سواء كان بعوض كالبيع والاجازة أو بغير عوض كالعتق والهبة)[٥]، وظاهره كالأولين أنّ حجر الحاكم موجب لسلب الأهلية كما اعترف به بعضهم، ولذا قيل إنّه أمر زائد على منافاة حق الغرماء، ولعله لذا ربما يقال بالبطلان حتى في مثل الوصية التي لا تنافي حقهم، بل عن قواعد[٦] الفاضل الجزم ببطلان تدبيره.

والتحقيق عدم البطلان واللزوم بعد رفع الحجر، خصوصاً في الوصية والتدبير،

---

(١) التذكرة ٢: ٥٢.
(٢) حكاه عنهم جواهر الكلام ٢٥: ٢٨٤.
(٣) التحرير ١: ٢١٢.
(٤) ايضاح الفوائد ٢: ٦٦.
(٥) شرائع الاسلام ٢: ٣٤٤.
(٦) القواعد ٣: ٢١٩.

ولا دليل على سلب الأهلية، وتمام الكلام في محله.

٣١١ ـ **قوله**ﷺ: **(فظاهر المحقق** ...الخ)[١].

أقول: هو مبتدأ سقط من العبارة خبره، وهو قوله «صحة البيع مع الاجازة»، قبل قوله «في باب الزكاة»، أو بعد قوله «انتهىٰ».

٣١٢ ـ **قوله**ﷺ: **(إلا أنْ يقول الشيخ** ...الخ)[٢].

أقول: اعلم أنَّ المشهور بين العلماء الموافق للتحقيق حسبما يستفاد من الأدلة أنَّ الزكاة متعلقة بالعين، وأنَّ النصاب مشترك بين المالك والفقير على وجه الاشاعة كما هو ظاهرهم، أو على وجه الكلي في المعين حسبما اختاره بعض متأخري المتأخرين.

وهنا احتمالات أخر:

أحدها: ما نسب إلى شاذ، ولعله من العامة من أنَّها متعلقة بالذمة من دون تعلّق بالعين أصلاً.

الثاني: أنَّها متعلقة بالعين كتعلّق حق الرهن بالعين المرهونة.

الثالث: أنَّها متعلقة بها كتعلّق حق الجناية بالعبد الجاني.

والاشكال المشار إليه في كلام المعتبر[٣] مبني على قول المشهور من الشركة، وأما على الاحتمالات الأُخر فلا يرد الاشكال، فعلى أولها يجب الحكم بالصحة واللزوم، ولو لم يؤدِ الزكاة بعد ذلك من موضع آخر، وعلى الثاني حاله حال بيع العين المرهونة في حال الرهانة ثم فكها، وعلى الثالث يكون بيعه التزاماً بالزكاة في الذمة، كما في بيع العبد الجاني؛ حيث إنَّه إذا باعه المالك يتعلق أرش الجناية بذمته.

ومن ذلك ظهر أنَّ حكم الشيخ بالصحة من غير حاجة إلى الاجازة لا ينحصر

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٦.

(٣) المعتبر ٢: ٥٦٣.

وجهه في جعله من قبيل حق الرهانة، بل يمكن أنْ يكون من باب حق الجناية، إلا أنْ ينضم إليه وضوح بطلان الاحتمال الأول من عدم التعلّق بالعين أصلاً، وكون الثالث منافياً لما هو المعروف بينهم من جواز تتبع العين للساعي أو الحاكم إذا باع المالك ولم يؤدِ الزكاة من موضع آخر، فيتعين حينئذٍ الاحتمال الثاني، هذا.

ولكن يبقى شيء: وهو أنّه لا خلاف ولا اشكال في أنّه يجوز للمالك أنْ يعطي القيمة بدل العين، بل يجوز أنْ يعطي من غير النصاب من موضع آخر.

وبالجملة: اختيار التعيين بيده حتى في اعطاء البدل، ولو قلنا بالشركة فالشركة في المقام ليست كسائر المقامات، وحينئذٍ فيمكن أنْ يقال: إذا باع المالك النصاب فانْ كان مع قصد الاعطاء من موضع الآخر فالبيع صحيح لازم، وإنْ كان لا بقصده فهو التزام فعلي بدفعها من موضع آخر، بمعنى أنّه يحكم عليه ذلك قهراً عليه، من حيث كون الأمر بيده، ولا يحكم ببطلان ما قابل مقدار الزكاة، غاية الأمر أنّه إذا لم يؤدها بعد ذلك يجوز للحاكم أو الساعي أو الفقير تتبع العين، كما على القول بكونه من باب تعلّق حق الرهانة، فهذه المسألة ليست من قبيل ما نحن فيه، ولو قلنا بكون العين مشتركة، فحكم الشيخ بالصحة ولو بلا إجازة يمكن أنْ يكون بالنظر إلى ما ذكرنا، فلا داعي إلى حمل كلامه على ما ذكره المصنّف من كون مذهبه التعلّق بالعين كتعلّق حق الرهانة.

والحاصل: أنّه فرقٌ بين هذه المسألة ـ ولو على قول المشهور بالشركة ـ وبين ما نحن فيه، من جهة الخصوصية التي ذكرنا.

ويمكن أن يستظهر الصحة بلا إجازة من بعض الأخبار أيضاً، ففي صحيحة عبدالرحمن البصري قال: (قلت للصادق عليه السلام رجل لم يزكِ إبله وشاته عامين فباعها، على من اشتراها أنْ يزكها لما مضى ؟ قال: نعم تؤخذ زكاتها ويتبع البائع، أو يؤدي زكاتها البائع)[1] فانَّ ظاهرها أنّه لو أداها البائع صح البيع في الجميع، فتدبّر.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب زكاة الانعام، ح ١.

وعلى ما ذكرنا فيكون القول بالشركة في الثمرة كالقول بالتعلّق بالعين كتعلّق حق الرهانة، في أنَّ البيع صحيح لازم بشرط أداء الزكاة من موضع آخر ولو بعد ذلك، والبطلان فيما قابل المقدار مع العدم، فتدبّر.

٣١٣ ـ **قوله** ﷺ: **(للأصل والعمومات** ...الخ)[1].

أقول: لا يخفى أنّهما ليسا دليلين مستقلين؛ إذ المراد من الأصل إما القاعدة المستفادة من العمومات من صحة كل عقد شك في صحته شرعاً، وإما أصالة عدم شرطية مالكية المجيز حين العقد، وهي أيضاً لا تنفع إلا بضميمة العمومات؛ إذ مع قطع النظر عنها الأصل عدم ترتب الأثر، والفرق بين العبادات والمعاملات أنَّ في الأولى يمكن أنْ يؤخذ بالقدر المعلوم من التكليف، وينفى الزائد بالأصل لعدم أصل موضوعي، وفي الثانية مجرد أصالة عدم الشرطية لا تثبت الصحة، بل لا بدَّ من احراز المقتضي، وهو مثل قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، والسر ما أشرنا إليه من وجود الأصل الأولي وهو عدم ترتب الأثر، فتدبّر.

٣١٤ ـ **قوله** ﷺ: **(بعض من قارب عصرنا** ...الخ)[2].

أقول: هو الشيخ المحقق المدقق الشيخ أسد الله التستري ﷺ في المقابيس[3] على ما حكي عنه.

٣١٥ ـ **قوله** ﷺ: **(وربما لا يجري فيه بعض** ...الخ)[4].

أقول: يعني لا يجري بعض التوجيهات لدفع بعض الاشكالات هناك ههنا، لكن لم أفهم المراد من ذلك البعض، فانَّ جميع الاشكالات المذكورة هناك مشترك الدفع إلا ما أشار إليه المصنِّف من اشكال مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان، وهذا كما أشار إليه ﷺ على العكس مما قصده المستدل، فانّه مندفع عن المقام من دون حاجة إلى ما ذكر هناك.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٧.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٧.
(٣) مقابس الانوار ١٣٤.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٧.

وقد يقال: إنَّ مراده من ذلك البعض توجيه اشكال عدم قصد حقيقة البيع في بيع الغاصب بما ذكر هناك، من أنَّ الغاصب ينزّل أولاً نفسه منزلة المالك، بمعنى أنّه يدّعي أنّه مالك ثم يبيع، فيكون حقيقة البيع محفوظة بعد هذا الادعاء.

وأنت خبير بأنَّ هذا التوجيه جارٍ في المقام أيضاً، فانَّ البائع إذا باع لنفسه مال الغير فلا بدَّ وأنْ يدعي كونه مالكاً بناءً على الحاجة إلى هذا التوجيه، وإلا فقد عرفت دفع الاشكال بوجه آخر.

والحاصل: أنَّ هذا التوجيه أيضاً مشترك بين المقامين، ولعله ذكر في المقابيس اشكالاً آخر غير ما مرَّ في هذا الكتاب يختص دفعه بتلك المسألة ، فتدبّر.

ويمكن ـ على بعد ـ أنْ يكون مراد المستدل من العبارة المذكورة «وربما لا يجري في المقام بعض الاشكالات هناك» فيكون حاصله أنَّ الاشكالات الواردة في بيع مال الغير لنفسه المذكورة هناك جارية هاهنا أيضاً، وإنْ كان بعضها لا يجري، يعني يكفي في الاشكال جريان البعض، فليس غرضه أولوية المقام بالاشكال، فتأمل.

٣١٦ ـ **قوله**ﷺ: **(اكتفينا بحصول ذلك للمالك** ...الخ)[1].

أقول: لعل المراد أنّه يعتبر أنْ يكون المالك حين العقد قادراً على التسليم، وراضياً بالعقد، وإنْ كان الرضا والقدرة غير حاصلين حينه، بل بعد ذلك، وفي المقام ليس كذلك، وإلا فانْ أريد وجوب حصول ذلك حين العقد فمن المعلوم أنَّ المالك في سائر الفضوليات أيضاً غير راضٍ حين العقد، وحينئذٍ فحاصل جواب المصنّفﷺ أنَّ دليل الرضا لا يقتضي أزيد من كون المالك حال الاجازة راضياً، ولا دليل على اعتبار رضا المالك حين البيع.

وأما القدرة على التسليم فهي وإنْ كانت معتبرة في المالك حين العقد، ولا يكفي حصولها للمالك حال الاجازة، إلا أنَّ ذلك لا يضر فيما نحن بصدده؛ إذ الكلام إنّما هو بعد الفراغ من وجود هذا الشرط.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٧.

قلت فيه أولاً: أنّه التزام بورود الاشكال، إذ ليس لنا مورد في مسألتنا هذه كون الشرط المفروض ـ وهو القدرة على التسليم ـ حاصلاً؛ لأنَّ من له العقد ـ وهو المالك حال الاجازة ـ غير مالك حال العقد، وليس قادراً على التسليم، فلا بد من الحكم بالبطلان دائماً، بخلاف سائر الفضوليات، فانَّ المالك حال العقد هو الذي له العقد، وهو قادر على التسليم وإنْ لم يكن العاقد قادراً، إلا أنْ يكون غرض المصنِّف ﷺ منع اعتبار قدرة من له العقد، وهو المالك حال الاجازة، بل يكفي قدرة المالك حال العقد وإنْ لم يكن مجيزاً، وهو كما ترىٰ.

وثانياً: لا فرق بين شرط الرضا وشرط القدرة، فكما يمكن أنْ يقال: لا دليل على اعتبار أزيد من رضا المالك حين الاجازة، فكذا يمكن أنْ يقال لا دليل على اشتراط قدرة من له البيع حال البيع، بل يكفي قدرته حال الاجازة؛ وذلك لأنَّ هذا الشرط إنّما يعتبر بالنسبة إلى من له العقد ويصير مخاطباً بوجوب الوفاء، وهو المالك حين الاجازة، وإنّما يصير مخاطباً بوجوب الوفاء، وهو المالك حين الاجازة، وإنّما يصير مخاطباً بذلك حينها، فيكفي حصول القدرة له حينها.

والأولى في تقرير الاستدلال اسقاط شرط الرضا، وتخصيص الاشكال بالقدرة على التسليم، بأنْ يقال إنَّ من شرائط صحة البيع القدرة على التسليم حاله، وهي وإنْ كانت مفقودة في الفضولي إلا أنّا اكتفينا في سائر الفضوليات بحصولها للمالك المجيز، وفي المقام ليس كذلك؛ إذ المناط رضا من له البيع، وهو المالك حين الاجازة، وليس قادراً على التسليم حين البيع؛ لعدم كونه مالكاً حينه.

والجواب: أنه لا دليل على وجوب القدرة حال البيع، بل يكفي القدرة حال تماميته، وهو حال الاجازة، وهي حاصلة حالها كما في شرط الرضا، وإنْ كان ولا بدَّ من حصولها حين البيع نقول إنَّ من له البيع حينه هو المالك الأول، وهو قادر، وبعد الشراء يكون من له البيع هو المالك المجيز، وهو قادر من ذلك الزمان، ولا دليل على وجوب كون من يقع البيع له فعلاً قادراً على التسليم حال البيع، بل يكفي قدرة من كان البيع واقعاً على ماله، هذا.

مع امكان أنْ يكون المجيز حال العقد أيضاً قادراً على التسليم، بأنْ يكون واثقاً بشراء المال واعطائه، والقدرة العرفية كافية، هذا مضافاً إلى ورود النقض ببيع الغاصب فيما إذا لم يكن المالك قادراً على الأخذ منه وتسليمه، وظاهرهم عدم الاشكال فيه من هذه الجهة، فيكشف هذا عن كفاية قدرة العاقد وإنْ كان غاصباً، ومثله متصوّر فيما نحن فيه.

وأيضاً لا فرق بين اشتراط القدرة على التسليم واشتراط معلومية العوضين، والمالك المجيز لا يكون عالماً حين البيع غالباً، فكما يكتفون بمعلوميتهما عند العاقد فليكتفوا بقدرة العاقد قدرة عرفية، وإنْ كان ممنوعاً من التسليم شرعاً.

٣١٧ ـ قوله (على الأصح مطلقاً ...الخ)[1].

أقول: يعني في جمع المقامات.

٣١٨ ـ قولهﷺ: **(أو في القول بأنّ الواجب ...الخ)**[2].

أقول: نظر المستدل إلى هذا، فيدعي أنّ ظاهر الأدلة الكشف عن الخروج حين العقد، فاذا كان هناك مانع عن ذلك فلا محل للاجازة، ودعوى كون الكاشف بمقدار القابلية كما ترى، فانّ التزام ذلك فرع ورود الدليل على الصحة في خصوص هذا المورد، فانّه حينئذٍ لا بد من التزام الكشف بقدر الامكان، ولكن إذا كان الدليل بنحو العموم، والمفروض أنّ مقتضى الاجازة التأثير من الأول ـ وهو غير ممكن فيما نحن فيه ـ فيكشف هذا عن عدم شمول العموم له، كما هو الشأن في كل مورد وجد المانع عن شموله، فانّه لا يحكم بالشمول والتبعيض في المقتضي.

نعم يمكن أنْ يقال: إنّ مقتضى الاجازة التأثير من الأول مع الاطلاق، وأما مع التقييد فبمقداره، ولكن لازم هذا عكس ما رامه المصنّفﷺ، فانّه يلزم منه جواز تخصيص المالك الاجازة بزمان متأخر عن العقد، وأما مع عدمه فلا بد من التأثير

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٣٩.

من الأول، وإذا كان هناك مانع عنه فلا يشمله الدليل، فيخرج عن العمومات.

ومن ذلك يظهر أنَّ أمر التخصيص مع القابلية أسهل من صورة عدم القابلية، كما فيما نحن فيه، خصوصاً مع أنَّ المجيز إنَّما قصد امضاء ذلك العقد الواقع سابقاً، فاذا أثّرت في الصحة من حين الملكية لزم كونها على خلاف ما قصده، بخلاف صورة التقيد والتخصيص منه، فدعوى المصنِّف‌ﷺ عدم قدح هذا التعميم في صورة عدم قابلية تأثيرها على ما قصده أيضاً كما ترى، فانَّ من المقرر أنَّ العقود تابعة للقصود، ومرادهم منها مطلق العهود، ومنها الاجازة، فاذا قصد التأثير من حين العقد ولم يمكن ذلك لزم بطلانها، لا الحكم بتأثيرها من زمان القابلية قهراً عليه، ومع عدم قصده ذلك، فتدبّر.

٣١٩ـ قوله‌ﷺ: (بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي ...الخ)(١).

أقول: الظاهر أنَّ لفظ الأصلي غلط، والصواب المالك الفعلي، وهو العاقد الأول الذي صار مشترياً في العقد الثاني، يعني أنَّ صحة العقد الأول يستلزم خروج العين عن ملك المجيز، وهو المشتري الثاني من حين ملكيته، لا من حين العقد ليلزم اجتماع المالكين.

٣٢٠ـ قوله‌ﷺ: (فلا وجه لاعادته بتقرير آخر ...الخ)(٢).

أقول: لا يخفى أنَّ مناط الاشكال السابق لزوم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه، من غير نظر إلى لزوم اجتماع المالكين، ومناط هذا الاشكال لزوم اجتماع المالكين، واستلزام صحة كل من العقدين عدم الأخر، فهما اشكالان، نعم كلاهما مبني على كون الاجازة كاشفة من الأول، وهذا ليس إعادة للسابق بتقرير آخر كما لا يخفى.

٣٢١ـ قوله‌ﷺ: (ثم إنَّ ما أجاب به عن الاشكال ...الخ)(٣).

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤١. وفي نسخة اخرى «الفعلي» بدل الاصلي.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٤١.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٢.

أقول: الصواب في الجواب عنه أنْ يقال: أنَّه يكفي في صحة الاجازة الملكية التقديرية، بمعنى كون المال له لولا هذه الاجازة، فانَّ المفروض أنَّه يخرج عن ملكه بسبب هذه الاجازة، فهو من جهة الملكية الفعلية السابقة والشأنية اللاحقة مالك للاجازة، وهذا المقدار يكفي في صحتها، ولا نسلم توقفها على الملكية الفعلية حينها، ومثل هذا الجواب لا يجري فيما نحن فيه، فانَّ صحة العقد الثاني لا يكفي فيها الملكية التقديرية، بل لا بد من الفعلية، ولولا تعبيره بالاستصحاب أمكن حمل كلامه على ما ذكرنا، بأنْ يكون مراده من الملكية الظاهرية والصورية ما ذكرنا من التقديرية، لكن مع هذا التعبير لا مفر من ورود إيراد المصنِّف‏ﷺ عليه.

٣٢٢ ـ **قوله‏ﷺ: (والتحقيق: أنَّ الاشكال** ...الخ)[1].

أقول: فيه أنَّ الاشكال وارد ولو قلنا بمعقولية الشرط المتأخر؛ إذ توقف صحة الاجازة على الملكية حالها أمر زائد على لزوم تأثير المعدوم في الموجود، فمع فرض معقوليته ـ كما هو الحق حسبما عرفت ـ يبقى ذلك الاشكال، والدفع ما عرفت من كفاية الملك التقديري، كما أنَّه لو قلنا بعدم معقولية الشرط المتأخر أيضاً أمكن دفع هذا الاشكال بمنع التوقف على الملكية الفعلية، فتدبّر.

٣٢٣ ـ **قوله‏ﷺ: (فلا بد من إجازته كما لو بيع** ...الخ)[2].

أقول: لو أغمضنا عن الاشكالين السابقين ـ من لزوم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه، ومن لزوم اجتماع المالكين في زمان واحد ـ أمكن دفع هذا الاشكال، بمنع الحاجة إلى إجازة المشتري الأول؛ لأنَّ المفروض أنَّ ملكيته حال العقد موقوف على هذا البيع الثاني واجازة المشتري الثاني، ومثل هذه الملكية لا تقتضي عدم نفوذ البيع إلا برضاه؛ لأنَّ المفروض أنَّها فرع هذا التصرف وجائية من قبله؛ إذ لولا هذا البيع وهذه الاجازة كان المال باقياً على ملك المالك الأول أو الثاني.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٣.

والحاصل: أنَّ بيع مال الغير إنَّما يكون موقوفاً على إجازته إذا كان ذلك المال ماله مع قطع النظر عن هذا البيع، وفي المقام إنَّما تحدث الملكية من أول الأمر بشرط هذا البيع والاجازة، ومثل هذا لا يعقل أنْ يكون موقوفاً على الاجازة، فنحن نسلم أنَّ المال قبل هذا البيع الثاني للمشتري الأول، لكنه إنَّما يكون له بشرط هذا البيع، ولولاه لا يكون له، فلا يحتاج إلى إجازته، ومن ذلك يظهر الفرق بينه وبين بيع المبيع من شخص آخر، فانَّ ملكية المشتري ليست موقوفة على ذلك البيع، فهو تصرف في ماله الثابت مع قطع النظر عنه؛ فلذا يحتاج إلى إجازته، وهذا بخلاف ما نحن فيه كما عرفت.

ومن ذلك يتبيّن حال اللوازم المتفرعة من توقف كل من الاجازتين على الأخرى، وتوقف كل من العقدين على الاجازة من المشتري الأول، وغيرهما مما ذكره.

٣٢٤ ـ قولهﷺ**: (وتوقف صحة كل من العقد والاجازة ...الخ)**[١].

أقول: قيل إنَّ الموجود في المقابيس (وتوقف صحة كل من العقدين على إجازة ...الخ)، وما في الكتاب أيضاً وإنْ كان صحيحاً إلا أن الأحسن ما في المقابيس، فانَّ ذكر الاجازة تكرار؛ لأنَّه ذكر في العبارة السابقة توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر؛ فلا وجه لعطف الاجازة على العقد في هذه العبارة.

ثم إنَّ الوجه في توقف العقد الثاني على إجازة المشتري الغير الفضولي ما عرفت من كون المبيع ماله بمقتضى البيع الأول الذي حكم بصحته من حينه بالاجازة، وأما توقف صحة العقد الأول على إجازته فلأنَّه موقوف على العقد الثاني الموقوف على إجازته، فتوقفه إنَّما هو بالواسطة، وقد يتخيّل أنَّ مقتضى البيان المذكور توقف صحة كل من العقدين على إجازة المشتري الثاني أيضاً، وهو كما ترى، فانَّ توقف صحة العقد الأول على إجازته معلوم، وأما توقف صحة الثاني على إجازته فممنوع؛ لامكان عدم الاجازة بعد الشراء، فلا يحتاج إلى إجازة

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٣، وفي نسخة أخرىٰ «كل من العقدين».

المشتري الأول الموقوفة على إجازة الثاني.

فدعوى أنَّ الثاني موقوف على إجازة المشتري الأول، وهو موقوفة على إجازة المشتري الثاني، ليكون موقوفاً عليها بالواسطة ـ كما في السابق ـ مدفوعة بما ذكرنا، وحاصله أنَّ الحاجة إلى إجازة المشتري الأول ليست على كل تقدير، بل على تقدير إجازة العقد الأول، فيمكن أنْ يصح العقد الثاني بدون إجازة العقد الأول، ومعه فلا حاجة إلى إجازة المشتري الأول؛ ليقال إنَّها موقوفة على إجازة المشتري الثاني، فيتوقف صحة العقد الثاني على إجازة المشتري الثاني مع الواسطة.

ثم مما ذكره في الحاشية السابقة من أنَّه إذا كان ملكية المشتري الأول بشرط هذا البيع الثاني لا حاجة إلى اجازته في صحة العقد الثاني يظهر الجواب عن اللازمين المذكورين كما أشرنا إليه سابقاً، فلا تغفل.

٣٢٥ ـ قوله‏‏ؒ: **(لاستلزام ذلك عدم تملك** ...الخ)[١].

أقول: وذلك لأنَّه إذا ملك المشتري الأول المبيع قبل أن يبيعه المالك الأصلي، وكان البيع للبائع الفضولي [كما هو المفروض فيكون الثمن المقابل له للبائع الفضولي][٢]، لا لمالك الأصلي، فاذا باع المالك الأصلي فقد باع ملك المشتري الأول، ويكون الثمن له بعد اجازته، فلا يكون للمالك الأصيل شيء، لا الثمن الأول؛ لأنَّ المفروض أنَّ البيع إنما حصل للفضولي بمقتضى اجازته اللاحقة، ولا الثمن الثاني لأنَّ المفروض أنَّ المبيع حينه للمشتري الأول؛ فيكون الثمن له بعد إجازته، وحيئذٍ فذلك الثمن العائد إلى المشتري الأول إنْ كان مساوياً لما دفعه في العقد الأول فقد حصل له المبيع ووصل إليه مقدار ما دفعه، وإنْ كان أزيد فقد وصل إليه المبيع مع تلك الزيادة، وإنْ كان أقل فقد وصل إليه المبيع وبعض ما دفعه من الثمن، هذا.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٣.

(٢) ما بين القوسين سقط من نسخة «ب».

ويمكن أنْ يقال: بمقتضى ما مرَّ في الحاشية السابقة أنَّ الثمن في العقد الثاني لا بد وأنْ يكون للمالك الأصلي؛ لأنَّ المبيع وإنْ كان ملكاً للمشتري الأول إلا أنَّه ملك له بشرط هذا البيع، والحكم بصحته، وهو موقوف على كون الثمن للمالك الأصلي ـ الذي هو البائع ـ.

والحاصل: أنَّ المبيع ليس للمشتري الأول مطلقاً؛ ليكون البيع واقعاً على ملكه، ويكون الثمن له، بل يكون له بعد هذا البيع وبشرط وقوعه صحيحاً، ففي الحقيقة الاشكال إنَّما هو اجتماع المالكين على مال واحد، وعدم امكان خروج المبيع عن ملك مالكه الأصلي بلا اختيار منه، ودخوله في ملك المشتري قبل تملّك البائع الفضولي له، وإلا فمع الاغماض عن ذلك يمكن دفع هذا الاشكال، أعني اشكال عدم تملّك المالك الأصيل شيئاً من الثمن والمثمن، فتدبّر.

٣٢٦ ـ قولهﷺ: **(بل هو أولى منها** ...الخ)[١].

أقول: لعل وجه الأولوية أنَّ العقود الجائزة وقعت صحيحة مؤثرة، بخلاف الفضولي فانَّه متزلزل من حيث الصحة، فاذا انفسخت بفعل المنافي مع وقوعها صحيحة فهو أولى بأنْ يبطل ولا يقع صحيحاً.

٣٢٧ ـ قولهﷺ: **(والجواب أنَّ نسخ عقد الفضولي** ...الخ)[٢].

أقول: الظاهر أنَّ مراده من الفسخ في كلامه أعم من انشاء الرد، ومن ايجاد ما لا يمكن معه الاجازة، فانَّه مستلزم لبطلان العقد وانفساخه، وغرضه أنَّ البيع من المالك مقتضٍ لعدم امكان لحوق الاجازة لفوات المحل.

ودعوى: أنَّ فوات المحل إنَّما هو بالنسبة إلى خصوص المالك دون غيره كما ترى؛ إذ بعد صدور العقد من المالك المسلّط على ماله، وفرض صحته لا معنى لبقاء محل الاجازة بالنسبة إلى من لا دخل له بالمال فعلاً، وإنْ انتقل إليه بعد ذلك، وإلا لزم جواز الاجازة ولو بعد مائة سنة، وبعد وقوع بيوع عديدة من كل واحد من

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٤.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٤.

المشترين، ومن المعلوم عدم امكان الالتزام بجواز إجازة المشتري الأخير للبيع الواقع فضولاً قبل ذلك بمائة سنة مثلاً.

والحاصل: أنّ المال قبل البيع من المالك باقٍ على ملكه، والبيع الوارد عليه فضولاً يعدُّ بيعاً وارداً على ما يكون أمره إليه، فأما أنْ يجيز فيصح، أو لا فيبطل، ولا معنى لبقائه معلّقاً ومتزلزلاً بعد فوات المحل بالبيع الثاني، كيف ؟ ولا فرق بين ايجاد المنافي وانشاء الفسخ، فلو أمكن دعوى اختصاص التفويت بالمالك أمكن دعوى اختصاص الفسخ بالانشاء أيضاً به، ولا يمكن الالتزام به.

ودعوى الفرق بالاجماع كما ترى؛ إذ بعد ورود نص خاص بالنسبة إلى خصوص الفسخ في كونه ابطالاً للعقد رأساً، دون إيجاد المنافي وتفويت المحل، فالظاهر أنّ المجمعين إنّما حكموا بالبطلان بمقتضى القاعدة الشاملة للمقامين، هذا مع أنَّ الانصاف أنّ شمول الأدلة لمثل هذه الاجازة محل منع.

فالتحقيق: أنّ البيع من المالك مفوّت للمحل مطلقاً، فيوجب الانفساخ حسبما ذكره المستدل.

ثم لا يخفى أنّ ما يظهر من المصنِّف في المقام من كون البيع تفويتاً لمحل الاجازة بالنسبة إلى المالك منافٍ لما سبق منه من التردد فيه بناءً على الكشف، ولا فرق بين البيع من البائع الفضولي أو من غيره، فتدبّر.

٣٢٨ ـ قوله ﴿ﷺ﴾: (قياس مع الفارق ...الخ)[١].

أقول: لم أفهم الفرق إلا بما يقتضي ما ذكره المستدل من الأولوية حسبما أشرنا إليه سابقاً[٢].

٣٢٩ ـ قوله ﴿ﷺ﴾: (المصححة إليه ...الخ)[٣].

أقول: لعل وجه هذا التعبير من المصنِّف مع أنّ الموجود في المقابيس على ما

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٦.
(٢) في التعليقة ما قبل السابقة.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٧.

قيل (ومنها ما رواه الشيخ والكليني في الصحيح عن يحيى بن الحجاج قال: سألت...الخ)[١] تأمله في الصحة بالنسبة إلى ما تقدّم على يحيىٰ من الرواة، لا من جهة التأمل في وثاقته، ولا في من قبله؛ إذ هو يروي عن الامامعليه السلام بلا واسطة، مع أنّه أيضاً ثقة على ما في الخلاصة[٢] والنجاشي[٣] فلا وجه لما أورد عليه من أنّه لا وجه لهذا التعبير بعد عدم الواسطة بينه وبين الامامعليه السلام، فانّ التعبير المذكور قد يكون في مقام يكون متأملاً فيمن تقدّمه من الرواة، أما واقعاً أو من جهة عدم المراجعة إلى تراجمهم، فتدبّر.

٣٣٠ ـ **قولهقدس سره: (ورواية خالد بن الحجاج ...الخ)**[٤].

أقول: قد مرّ في بيع المعاطاة[٥] أنّ في بعض النسخ بدل خالد بن نجيح يحيىٰ، وكلاهما ضعيف، فتدبّر.

٣٣١ ـ **قولهقدس سره: (أو أنّ الكلام ...الخ)**[٦].

أقول: قد عرفت سابقاً[٧] أنّ هذا المعنى هو الأظهر.

٣٣٢ ـ **قولهقدس سره: (وصحيحة ابن مسلم ...الخ)**[٨].

أقول: لا يخفىٰ أنّ هذه الصحيحة واللتين بعدها وإنْ كانت ظاهرة في صورة كون المبيع كلياً، وفيه يصح البيع بلا اشكال كما سيأتي، ويدل على صحته جملة من الأخبار أيضاً حسبما نقلناه سابقاً.

إلا أنّه يمكن أنْ يقال: إنّ المفروض فيها صورة كون المبيع هو الشخص الذي يشتريه بعد ذلك، لا صورة كونه كلياً، وحينئذٍ فالبطلان فيها ليس مخالفاً لمذهب

---

(١) مقابس الانوار ١٣٥.
(٢) الخلاصة ٢٩٤.
(٣) رجال النجاشي ٤٤٥، رقم ١٢٠٤.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٧.
(٥) ج ١ تعليقة ٤٩٦.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٨.
(٧) ج ١ تعليقة ٤٩٥.
(٨) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٨.

المشهور، فانَّ بيع الكلي صحيح إذا كان باقياً على كليته، لا فيما كان المراد كون الفرد الذي يشتريه مبيعاً.

والحاصل: أنَّ هذه الأخبار واردة في خصوص هذه الصورة، والبطلان فيها لا مانع منه، فتدبّر.

٣٣٣ ـ **قوله**ﺹ: **(والجواب عن العمومات ...الخ)**[١].

أقول: الانصاف أنَّ هذا الجواب غير صواب؛ وذلك لأنَّ النهي عن ترتيب الأثر المقصود باطلاقه يقتضي عدم ترتبه عليه، سواء أجاز بعد ذلك أو لا، مع أنَّه إذا بطل العقد على الوجه الذي قصد فصحته بعد لحوق الاجازة تحتاج إلى دليل، ولا يكفي العمومات حينئذٍ؛ لأنَّ المفروض خروج المورد من حين وقوعه عنها، فشمولها بعد ذلك لا معنى له، كما في بطلان العقد من جهة فقد سائر الشرائط، سواء كان من جهة النهي أو غيره، فاذا قال «لا تبع المجهول» أو (نهى النبيﷺ عن بيع الغرر)[٢] فبعد المعلومية لا يمكن تصحيحه بالاجازة، مع أنَّ قولهﷺ (لا تبع ما ليس عندك)[٣] يمكن دعوى شموله لما لا يكون مقدوراً على تسليمه، وبالنسبة إليه لا يقولون بالصحة بعد القدرة إذا أجاز، وإفادته لاشتراط القدرة واشتراط الملكية على نسق واحد.

والحاصل: أنَّ النهي المذكور إذا أفاد عدم صحة العقد على الوجه الذي قصد يكون مقتضاه البطلان؛ إذ معه لا تشمله الأدلة العامة، والدليل الخاص على صحة الفضولي لا يشمل المورد قطعاً؛ فلا وجه للحكم بالصحة مع الاجازة، فتدبّر.

ومن ذلك يظهر حال الأخبار الخاصة، فانَّ مقتضى اطلاقها أيضاً بطلان البيع قبل الشراء ولو مع الاجازة، بل الغالب في موردها رضا البائع بالبيع السابق بعد الشراء، فلو كان البيع المفروض صحيحاً وجب في الجواب التفصيل بين الاجازة

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٤٩.
(٢) بحار الانوار ١٠٠: ٨١، باب ما نهي عنه من انواع البيوع، ح ٤.
(٣) فقه القرآن ٢: ٥٨.

وعدمها، هذا بالنسبة إلى فرض المسألة.

وأما بالنسبة إلى مطلق الفضولي فانّما لا نقول بالبطلان من جهة دعوى عدم شمول النهي له، من حيث إنّ ظاهر الأخبار المذكورة النهي عن بيع ما ليس عنده، أو لم يملكه لنفسه على نحو سائر البيوع، لا عن ملكه، فهو خارج عن موردها، فيمكن دعوى شمول العمومات له حسبما يظهر من بيان المصنِّف أيضاً.

٣٣٤ ـ **قوله**ﷺ: **(لكن الظاهر بقرنية ...الخ)**(١).

أقول: بل الظاهر كفاية عدم استطاعة أحدهما في الاعراض عن المعاملة الواقعة في البطلان، واشتراط الصحة بعدم اللزوم في كل من الطرفين، فاللزوم في أحدهما كافٍ في البطلان، فالأولى منع المبنى، وهو اللزوم على الأصيل حسبما عرفت سابقاً، فتدبّر.

٣٣٥ ـ **قوله**ﷺ: **(لا أنّه لغوٌ من جميع الجهات ...الخ)**(٢).

أقول: قد عرفت أنّ حال النهي في المقام حال النهي في سائر المقامات، كالنهي عن بيع المجهول ونحوه، فكما يفيد البطلان مطلقاً فكذا في المقام، ولعله إلى ما ذكرنا أشار بقوله «فافهم».

٣٣٦ ـ **قوله**ﷺ: **(اللهم إلا أنْ يقال: ...الخ)**(٣).

أقول: هذا ناظر إلى ما ذكرنا من دلالة اطلاق النهي على البطلان مطلقاً؛ إذ حاصله أنّه لو كان للمعاملة شرط شرعي وكان المتداول بين الناس عدم مراعاة ذلك الشرط، وترتيب الأثر عليها حتى بدونه فمقتضى القاعدة أنْ يبين الشارع أنّها مشروطة بكذا، كأنْ يقول (لا رهن إلا مقبوضاً) أو (لا هبة إلا مع القبض)، لا أنْ ينهى عنها مطلقاً، فاذا نهى عنها مطلقاً يكشف عن كونها باطلة مطلقاً، ففي المقام نقول لو كان البيع المفروض صحيحاً بشرط الاجازة اللاحقة، كان على الشارع

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٥١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٢.

بيان ذلك، لا النهي عنه مطلقاً، فاطلاقه النهي دليل اطلاق البطلان، وهو حسن جداً، فتدبّر.

٣٣٧ ـ قولهﷺ: (وأما صحته بالنسبة ...الخ)[١].

أقول: يمكن دعوى الاطلاق بالنسبة إليه أيضاً، وعلى هذا فبيع الغاصب أيضاً غير قابل للاجازة، وينحصر صحة بيع الفضولي فيما إذا باع عن المالك، فتدبّر.

٣٣٨ ـ قولهﷺ: (ورودها في بيع الكلي ...الخ)[٢].

أقول: قد عرفت أنّها وإنْ كانت واردة فيه، إلا أنّ الظاهر منها صورة كون المقصود كون المبيع هو الشخص الذي يشتريه بعد ذلك، كما يظهر من قوله (أرأيت لو وجد هو مبيعاً أحب إليه ...الخ)[٣] وغيره، ومثل هذه الصورة ليس المذهب جوازه، فلا موقع للخدشة المذكورة، نعم مع الاغماض عن هذا الوجه التحقيق في رفع الخدشة ما ذكره المصنّفﷺ.

٣٣٩ ـ قولهﷺ: (كما صرح به في بعض الاخبار ...الخ)[٤].

أقول: كصحيحتي عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي عبدالله المتقدمتين المشتملتين على قول الراوي بعد قول الامام (لا بأس. فقلت: إنّ من عندنا يفسده. فقالعليه السلام: ما يقولون في السلم ...إلى آخرهما)[٥].

٣٤٠ ـ قولهﷺ: (والفتوى بالمنع عن ...الخ)[٦].

أقول: يعني في المبيع الشخصي أو الكلي على الوجه الذي ذكرنا، الذي يرجع في الحقيقة إلى الشخصي، لا في بيع الكلي في الذمة، فانّه قد ذكر فيه أنّ المذهب جوازه، فما قيل من أنّ ظاهر هذه العبارة المنع حتى في الكلي كما ترى، فانّه

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٧.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٣.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب احكام العقود، ح ١، ٣.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٣.

ممنوع أشد المنع، فلا وجه للايراد عليه﵀ بأنّه لا وجه للمنع في الكلي، مع أنّ جوازه مصرّح به في الأخبار.

٣٤١ـ **قوله﵀: (ولو باع عن المالك فاتفق** ...الخ)[1].

أقول: التحقيق شمول النواهي لجميع الصور عدا هذه الصورة فقط، فهي الخارجة عن موردها دون البقية.

٣٤٢ـ **قوله﵀: (الاشكال في عكس المسألة** ...الخ)[2].

أقول: فانّ وجه الدفع هناك أنّ البائع إنّما ينشىء البيع عن نفسه بعد ادعاء كونه مالكاً، فكأنّه قال «بعت عن المالك» وأنا المالك، فاذا أجاز المالك فقد وقعت الاجازة على البيع الأول، ولا يلزم مغايرة المجاز لما وقع، وهذا يجري في المقام أيضاً، فانّه وإنْ قصد البيع عن مالكه ـ وهو زيد مثلاً ـ إلا أنّه إنّما قصده من حيث إنّه مالك، فكأنّه قال «بعته عن مالكه» وهو زيد، فاذا اشترى وأجاز لم يلزم مغايرة المجاز لما وقع.

ولعل الأمر بالتأمل إشارة إلى الفرق بين المقامين، فانّه في البيع لنفسه لما لم يكن مالكاً احتياج في تصحيح البيع إلى الادعاء والتنزيل، وملاحظة الجهة التقيدية، فكأنّ البيع وارد على الجهة، بخلاف المقام فانّه لا يحتاج إلى ملاحظة الجهة التقييدية، بل له أنْ يقصد من أول الأمر البيع عن الشخص الخاص الذي هو المالك، ولا يحتاج إلى ملاحظة كونه مالكاً والبيع عنه، فلا يصح دعوى أنّ قوله «بعت عن زيد» في قوة قوله «بعت عن المالك وهو زيد»؛ ليكون المجاز عين ما وقع، هذا.

والتحقيق: في دفع الاشكال في المقامين أنّ قصد الخصوصية وإنْ كان متحققاً، إلا أنّه غير مقوّم للبيع، بل حقيقته مجرد المبادلة بين المالين، فلا يضر كون من له البيع هو المالك الأول في جواز إجازة أصل المبادلة، كما لا يضر قصد نفسه في

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٦.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٦.

ذلك المقام أيضاً.

والحاصل: أنَّ تخلّف هذا القصد لا يضر بأصل البيع؛ إذ ليس مقوّماً له، فيجوز الاجازة على خلاف هذا القصد بعد محفوظية أصل الحقيقة، فتدبّر.

٣٤٣ ـ قوله: (فتأمل ...الخ)[١].

أقول: يمكن أنْ يكون إشارة إلى إمكان دعوى كونه مأموراً بالوفاء من أول الأمر، فلا يلزم تخصيص حتى يكون من استصحاب حكم الخاص، فدعوى أنَّ الوفاء أعم من العمل بمقتضى العقد وعدم النقض والفسخ ـ وقد مرَّ منه أنَّه يجب على الأصيل عدم النقض، وإنْ لم يكن المعاملة صحيحة قبل الاجازة ـ فالعموم شامل من أول الأمر، وليس للفضولي فسخه، وإنْ جاز ذلك للمالك الأول، هذا.

ولكنك عرفت ما فيه، وأنَّه لا يمكن شمول العموم إلا بعد تمامية جميع الشرائط، فنمنع عدم جواز النقض بالنسبة إلى الفضولي من جهة شمول العموم، ونمنع أنَّ معنى الوفاء ذلك، بل ليس إلا العمل بالمقتضى، والمفروض عدم امكانه في حقه، ومجرد عدم الفسخ ليس وفاءً بالعقد، كيف ؟ وإلا لزم عدم دلالة ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ على الصحة كما بيّنا ذلك سابقاً، هذا.

ويمكن أنْ يكون إشارة إلى منع كون المورد من موارد الرجوع إلى العموم؛ حتى نحتاج إلى القول بكون الاستصحاب مقدماً عليه؛ من جهة كونه استصحاباً لحكم الخاص؛ وذلك لأنَّ عموم «أوفوا» من باب الاطلاق، ومثل ذلك إذا خرج منه فرد من الأفراد في الزمان الأول فلا يمكن التمسك به ولو لم يكن الاستصحاب؛ لأنَّ الفرد المفروض فرد واحد، وقد فرض خروجه عن العموم، بخلاف ما إذا كان العموم أزمانياً، مثل قوله «أكرم العلماء كل يوم» فانَّه إذا خرج بعض الأفراد في بعض الأزمان جاز التمسك فيه بالعموم بالنسبة إلى سائر الأزمنة إذا شك فيه.

وبالجملة: ففرق بين «أكرم العلماء دائماً» و «أكرم العلماء كل يوم» ففي الأول بعد

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٦.

خروج فرد في الزمان الأول لا يتمسك به، وإنْ لم يكن استصحاب، وفي الثاني يتمسك به، ولا مجرى للاستصحاب أصلاً، وفي المقام من قبيل الأول، وقد حقق ذلك في خيار الغبن(١)، وفي باب الاستصحاب من الفرائد، فراجع(٢).

وقد ذكرنا هناك أنَّه لا فرق بين القسمين، وأنَّه يجوز التمسك بالعموم في المقامين، وحققنا ذلك بما لا مزيد عليه فراجع ما علقنا على الخيارات(٣).

وكيف كان فكلام المصنِّف‏ﷺ في المقام يمكن أنْ يكون إشارة إلى ذلك على حسب ما اخترناه هناك، وإنْ لم يكن مختاراً عندنا، ويمكن أنْ يكون إشارة إلى منع جواز التمسك باستصحاب حكم الخاص في مقابل العموم، وأنَّه لا فرق بين كون الاستصحاب مخصصاً من الأول، وكونه استصحاباً لحكم المخصص في عدم جواز العمل بهما في مقابل العموم، وإنَّما الجائز استصحاب موضوع المخصص.

بيان ذلك: أنَّ الاستصحاب قد يكون في مقابل العموم؛ بحيث لو عمل به لزم كونه مخصصاً له من أول الأمر، كما إذا استصحبنا نجاسة الكلب فيما لو صار ملحاً في مقابل قوله (كل ملح طاهر) فانَّ هذا الاستصحاب على فرض جريانه يلزم كونه مخصصاً لهذا العموم بنفسه، وقد يكون هناك عام مخصص مجمل، كما إذا قال «أكرم العلماء دائماً أو كل يوم»، وقال «لا تكرم الفاسق» وكان القدر المتيقن منه اليوم الأول، وشك فيما بعد ذلك اليوم في وجوب اكرامه، فانَّه لو أجرى استصحاب حرمة اكرامه يكون استصحاباً لحكم الخاص، ولكن بالنسبة إلى اليوم الثاني يكون العمل في الحقيقة بالاستصحاب؛ إذ المفروض أنَّ الدليل الاجتهادي قاصر عن شمول اليوم الثاني، فلا فرق بينه وبين الصورة الأولى.

وقد يكون هناك عام مخصص بمخصص شك في الزمان الثاني في بقاء موضوعه، كما إذا قال «أكرم العلماء ولا تكرم الفساق» وكان زيد خارجاً عن

---

(١) تعليقة ٧٩٩.

(٢) فرائد الاصول ٣: ٢٧٣.

(٣) تعليقة ٧٩٩.

العموم من جهة فسقه، ثم شك في بقاء فسقه، ففي الصورتين الأوليتين لا يجوز العمل بالاستصحاب؛ لأنّه أصل عملي، ولا يصلح كونه مخصصاً للدليل الاجتهادي، وفي الصورة الثالثة يجوز؛ لأنّه ليس مخصصاً للعموم، بل المخصص له في الحقيقة هو قوله «لا تكرم الفاسق»، والاستصحاب يثبت موضوعه، وهذا لا مانع منه، ففي مقامنا هذا لا يجور العمل بالاستصحاب؛ لأنّه مخصص للعموم بالنسبة إلى الزمان الثاني، فانّ المفروض أنّ وجه عدم العمل به في الزمان الأول هو عدم قابلية المورد لوجوب الوفاء خاص به، وفي الزمان الثاني إنْ قلنا بعدم الوجوب كان من جهة الاستصحاب، فهو وإنْ كان استصحاباً لحكم الخاص، إلا أنّه هو المخصص في الحقيقة للعموم، وهذا غير جائز، فتدبّر.

٣٤٤ ـ قولهﷺ: **(مضافاً إلى معارضة ...الخ)**[1].

أقول: والتحقيق في الجواب عن العموم المذكور أنْ يقال: إنّه إذا لم يكن العقد داخلاً تحت العموم من حين صدوره لمكان فقد الشرط ـ وهو مالكية من له البيع ـ فلا وجه لشموله له بعد ذلك، إلا إذا حصل عقد جديد، كما في سائر الشروط المفقودة، كالقدرة على التسليم والمعلومية ونحوهما.

ودعوى ـ أنّ ما نحن فيه كاشتراط الصحة بالقبض في الصرف والسلم، فالملكية شرط في الصحة متى حصلت أثّر العقد أثره، ويشمله العموم من هذا الحين ـ كما ترى؛ إذ مقتضى قوله ﷺ (لا بيع إلا في ملك)[2] اشتراط مالكية البائع أو من وقع البيع له، كما في الفضولي فانّ البيع فيه عن المالك، بخلاف المقام فانّ المفروض كون من له البيع هو العاقد، وليس مالكاً، والملكية المتأخرة لا تكفي؛ ألا ترىٰ أنّه لا ينبغي الاشكال في عدم الصحة فما لو أشار إلى مباح قبل حيازته، وقال «بعتك هذا بكذا» ثم حازه بعد ذلك.

والحاصل: أنّ شرط صحة البيع كونه في ملك، يعني في ملك من وقع البيع له،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٨.

(٢) المستدرك ١٣: ٢٣٠، حديث ١٥٢٠٩، ١٥٢١٠.

وفي المقام ليس متحققاً فلا يشمله العموم، وتحققه بعد ذلك لا يوجب الشمول بعد إنْ كان غير شامل حين الصدور، بخلاف سائر الفضوليات فانَّ من له البيع مالك، فيكون البيع في ملك، فتدبّر.

ثم لا يخفىٰ أنَّ المعارضة بعموم (الناس مسلطون) إنَّما يتم إذا قلنا إنَّ بالشراء ينتقل المبيع إليه أولاً ـ ولو آناً ما ـ تحقيقاً، ثم ينتقل إلى المشتري الأول، وأما إذا قلنا إنَّه ينتقل بالشراء إلى المشتري الأول من غير أنْ يملكه المشتري أصلاً، وإنَّما الحكم بتملّكه تقديري، كما في شراء من ينعتق عليه؛ حيث إنَّهم ذكروا أنَّه لا يملكه المشتري أصلاً، وإنَّما تقدّر الملكية تصحيحاً للشراء، فلا وجه للمعارضة.

لكن التحقيق: هو الوجه الأول؛ إذ تقدير الملك لا دليل عليه، ومقتضى القاعدة تحققه بالشراء، فالمعارضة في محلها، ثم مع الاغماض عن ذلك وفرض تمامية التمسك بعموم وجوب الوفاء لا اشكال في تخصيصه بالأخبار المذكورة العامة والخاصة، فلا ينبغي الاشكال في المسألة.

٣٤٥ ـ **قوله**ﷺ: (**فجريان عموم الوفاء** ...الخ)[1].

أقول: وإنْ كان جريان العموم أشكل، إلا أنَّ الأخبار المذكورة أيضاً لا تشمل هذه الصورة، فيكون الوجه في البطلان عموم (الناس مسلطون على أموالهم)، مضافاً إلى عدم الدليل بعد الاشكال في عموم وجوب الوفاء ونحوه.

٣٤٦ ـ **قوله**ﷺ: (**ولو باع وكالة** ...الخ)[2].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ هذا الفرع لا ربط له بالمقام، مع أنَّه واضح الحكم؛ فلا حاجة إلى التنبيه عليه ، فتدبّر.

تنبيهات:

الأول: لا فرق في فرض المسألة بين ما لو باع شيئاً ثم اشتراه من مالكه حين البيع، أو من غيره ممن اشترى من المالك؛ حتى لو توارد عليه بيوع عديدة، وانتقل

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٨.

إليه في آخر الأمر، ولو كان بعد خمسين مالكاً، وبعد خمسين سنة، ولا يخفىٰ ما في القول بالصحة من البعد.

الثاني: ما ذكر من الأول إلى هنا إنّما كان إذا كان الانتقال إليه بالشراء ونحوه من أنحاء المعاملات، وأما إذا انتقل إليه بالارث ونحوه من الانتقالات القهرية فالحكم كما سبق، ويجري جميع الوجوه المذكورة للبطلان حتى الأخيرين.

أما السادس فلأنّ المذكور فيه وإنْ كان كون بيع المالك فسخاً للعقد إلا أنك عرفت أنّ المراد أنّه تفويت للمحل، وفي المقام يمكن أنْ يقال إنّ الانتقال القهري إليه فوات للمحل، فلا يبقى بعده محل للاجازة.

وأما السابع فلأنّ الأخبار العامة ـ وهي الناهية عن بيع ما ليس عنده ـ شاملة قطعاً، وأما الخاصة فهي وإنْ أمكن دعوى اختصاصها من حيث مواردها بالبيع ثم الشراء، إلا أنّه يمكن دعوى ظهور المناط منها، وهو كونه بيعاً قبل التملك، وكيف كان فالأقوى فيه أيضاً البطلان سواء أجاز أو لا، فتدبّر.

الثالث: إذا اشترى عيناً من فضولي فباعها قبل الاجازة، فأجاز المالك البيع الأول، فانْ قلنا إنّ الاجازة ناقلة يكون البيع الثاني مما نحن فيه، من مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، ولكن في شمول الأخبار الناهية له إشكال، والأقوىٰ شمول الأخبار العامة، ففي الصحة إشكال، وأما بناءً على كونها كاشفة فيكون البيع في ملك البائع، والظاهر لزومه كما سيأتي في مسألة ترتب العقود، ويحتمل أنْ يُدّعى شمول الأخبار الناهية؛ لأنّ البائع قبل الاجازة غير قادر على تسليم المبيع، فيصدق أنّه باع ما ليس عنده، والفرق ـ بينه وبين ما لو باع مالاً فبان أنّه له ـ لا يخفىٰ، فانّ فيه ليس هناك حالة منتظرة، وتوقف على شيء، غايته جهل البائع بالحال، بخلاف المقام فانّ المفروض توقفه على إجازة الغير للبيع السابق، فتدبّر.

ومما ذكرنا يعلم حال ما لو ورد على مال الغير بيوع عديدة من أشخاص فضوليين، فأجاز المالك بعض تلك البيوع، فانّ للمشتري في ذلك البيع أنْ يجيز البيع اللاحق على الكشف، بل وكذا على النقل، وكذا البيع السابق على النقل؛ لعدم

شمول الأخبار الناهية؛ لأنّ المفروض أنّ البائع غير المجيز، ولا مانع من الاجازة حينئذٍ إلا دعوى أنّ إجازة المالك الأول لأحد تلك البيوع رد منه للبقية، أو تفويت لمحل الاجازة بالنسبة إليها، والأول ممنوع، والثاني مسلّم، لكن بالنسبة إلى نفسه، لا المالك الثاني، فتدبّر.

الرابع: إذا باع شيئاً ثم ملك البيع، بأنْ صار ولياً على مالك ذلك الشيء، فالظاهر عدم الاشكال في جواز إجازته لذلك البيع؛ لأنّ من له البيع ـ وهو المولّىٰ عليه ـ مالك حال العقد، وهذا كافٍ؛ لما عرفت من عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حال العقد، فلا يضر عدم كونه مالكاً ولا ولياً حين العقد؛ لعدم كون من له العقد مالكاً حينه، فتدبّر.

٣٤٧ ـ **قوله**ﷺ: **(فانكشف كونه ولياً على البيع ...الخ)**[1].

أقول: الولاية عليه إما بكونه ولياً، وإما بكونه وكيلاً، وإما بكونه مأذوناً، والوجه في عدم الاشكال هو شمول العمومات، مضافاً إلى شمول أدلة الولاية والوكالة، وأنّ تصرفات الولي والوكيل والمأذون ماضية، هذا.

ولكن يمكن أنْ يقال: بالتوقف على الاجازة؛ لأنّ العقد وإنْ صدر عمن كان نافذ التصرف إلا أنّ المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالماً بأنّه ولي ما كان راضياً بهذا البيع الخاص.

ودعوى: أنّ المفروض كونه موافقاً للمصلحة، وكل ما كان كذلك يجب على الولي إيجاده، فليس له أنْ لا يرضى.

مدفوعة: بأنّه يمكن أنْ يكون هناك فرد آخر من البيع مثله في الصلاح، فيكون الاختيار في التعيين إليه، وله أنْ يعين أحدهما بداعٍ نفساني، فمجرد كونه موافقاً للمصلحة غير كافٍ في التعيين، بل يتوقف على رضاه ومشيئته، فلا فرق بين هذه الصورة وبين ما لو بان كونه مالكاً.

بل التحقيق اتحاد الصور الأربع في هذا الحكم، ففي الجميع يتوقف الصحة

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٩.

على الاجازة؛ لما يشير إليه المصنّف‏‏‏‏‏‏ﷺ في المسألة الثالثة من عدم كفاية القصد إلى نقل هذا المال المعين، وأنّه لا بدّ من الرضا به بعنوان أنّه ماله، فانّ في المقام أيضاً لا بدّ من القصد إلى النقل والرضا به بعنوان أنّه مال المولّى عليه، أو مال الموكل أو نحوهما، وكون البيع واجباً من جهة موافقته للمصلحة لا يمنع من كون اختيار الخصوصيات منوطاً بنظره وبرضاه.

وبالجملة: فالحكم في المسألة كمسألة الفضولي في التوقف على الاجازة، وإنْ كان ما نحن فيه أولى بالصحة مع الاجازة من تلك المسألة، بمعنى إمكان الحكم بالصحة معها في المقام وإنْ قلنا ببطلان الفضولي، فتدبّر.

٣٤٨ ـ قوله‏ﷺ: (وعن المختلف الايراد عليه ...الخ)[١].

أقول: الظاهر أنّ نظر القاضي إلى أنّ الاذن في البيع مع فرض عدم اطلاع المأذون وعدم اطلاع غير أيضاً عليه لا يعدّ إذناً، وهذا بخلاف ما لو اطلع عليه أحد، سواء كان هو المأذون أو غيره، والظاهر يقتضي ما ذكره، فانّ مجرد انشاء الاذن من عند نفسه من غير حضور أحد لا يكفي في الخروج عن الفضولية، إذ لا فرق بينه وبين الرضا الباطني من دون انشاء ظاهري، وقد عرفت سابقاً عدم كفايته؛ إذ لا بدّ في الخروج عن الفضولية من اسناد صدور البيع إليه، ولو بالواسطة، وهو لا يتحقق إلا بمظهر خارجي، فالاذن وإنْ كان من الايقاعات وليس كالتوكيل مما يحتاج إلى القبول إلا أنّ صدقه موقوف على الاظهار الخارجي.

نعم، لو قلنا بالخروج عن الفضولية بمجرد طيب بالنفس الواقعي كفى الاذن المفروض بالأولى، لكنك عرفت عدم كفايته إلا بالنسبة إلى الحكم التكليفي من رفع حرمة التصرف في مال الغير.

وبالجملة: إما أنْ يكون البائع مأذوناً ويكون ناسياً للاذن، وهذا لا اشكال في كونه كالولي الشرعي وأنّ حكمه حكم سائر المأذونين، وكذا الوكيل الناسي للوكالة، وإما أنْ يكون المالك أذن له في التصرف، وعلم به غيره، لكن لم يطّلع هو عليه،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٥٩.

وهذا أيضاً يعدُّ مأذوناً، وإنْ كان ذلك الغير واحداً، وإما أنْ يكون المالك قد انشأ الاذن من عند نفسه من دون حضور أحد، أو مع حضور من لا عبرة بحضوره، أو مع التكلّم بما لا يفهمه الحاضرون، ومثل هذا لا يعدُّ إذناً، فما أورده عليه في المختلف[1] في غير محله، بل هو مصادرة محضة، بل القول بعدم صدق المأذونية في الصورة السابقة أيضاً ليس كل البعيد، وعلى فرض صدق الاذن يمكن القول بعدم كفايته في الخروج عن الفضولية، فتدبّر.

٣٤٩ـ **قوله**ﷺ: (**فتأمل** ...الخ)[2].

أقول: لعل وجهه أنَّ غاية الأمر عدم كون البيع على الوجه المأذون فيه، من حيث الحكم التكليفي، وإلا فالاذن الوضعي حاصل لاذن المفروض كونه ولياً، فهو نظير ما لو علم بكونه ولياً، وكان هذا البيع الخاص واجباً من حيث اشتماله على المصلحة للمولّى عليه، فباع بقصد كونه لنفسه، فانَّ البيع صحيح لازم، غايته أنّه أثم في قصده كونه لنفسه، وكذا في الوكيل، فلا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة بعد عدم كون قصده لنفسه قادحاً في صحة البيع، فعلى مختار المصنّفﷺ في الصورة السابقة من عدم الحاجة إلى الاجازة ينبغي عدم الحاجة إليها في هذه الصورة أيضاً.

لكنك عرفت أنَّ مقتضى التحقيق التوقف على الاجازة في جميع الصور الأربع؛ لعدم الرضا بالبيع بالعنوان المأذون فيه، فتدبّر.

٣٥٠ـ **قوله**ﷺ: (**بما لو باع مال أبيه** ...الخ)[3].

أقول: ومن أمثلته ما لو باع ما ملكه أبوه في حال صغره، وهو لا يعلم، فتخيّل أنّه باقٍ على ملك أبيه، ومنها ما لو باع ما انتقل إليه بشراء وكيله له مع جهله بالحال إلى غير ذلك.

---

(١) مختلف الشيعة ٥: ٤٣٧.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٠.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٠.

٣٥١ ـ قولهﷺ: **(مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول** ...الخ)[١].

أقول: وذلك لأنَّ مقتضاه كون المفروض البيع عن الأب، ومقتضى هذا كونه عن نفسه.

٣٥٢ ـ قولهﷺ: **(فلا وجه لاجازة فعل نفسه** ...الخ)[٢].

أقول: هو منقوض ببيع المكره؛ حيث إنَّ البائع فيه يجيز فعل نفسه، والحل ما ذكره المصنِّفﷺ.

٣٥٣ ـ قولهﷺ: **(من أنَّه لم يقصد إلى البيع** ...الخ)[٣].

أقول: الظاهر بقرنية ما ذكره في قوله (إلا أن يقال)، وبقرنية ما ذكره المصنِّفﷺ في توضيحه أنَّ المراد من عدم القصد المذكور أنَّه من جهة علمه واعتقاده أنَّ البيع المفروض لا يؤثر شرعاً في الملكية إلا مع الاجازة لا يكون قاصداً للنقل الآن، إلا أنْ يكون المراد أنَّه لا يكون قاصداً كذلك بحسب انشائه، كيف ؟ ولو كان في انشائه قاصداً للنقل مع الاجازة وعلى تقديرها ـ لا فعلاً ومطلقاً ـ يلزم التعليق، ويكون بيعه باطلاً، لا موقوفاً على الاجازة، فالمقصود أنَّه إذا أنشأ ما هو مدلول العقد عن النقل الفعلي المطلق مع علمه واعتقاده، أنَّه لا يحصل إلا مع الاجازة فيكون لذلك قاصداً لما هو الواقع شرعاً من النقل على تقدير الاجازة قصداً خارجاً عن مدلول العقد، وإذا كان كذلك فلا بدَّ في تماميته من ضمها، ولا يلزم بدونها.

وحينئذٍ فالجواب ما ذكره بقوله (إلا أنْ يقال) على ما أوضحه المصنِّفﷺ، وحاصله: أنَّ هذا القصد من جهة هذا الاعتقاد ليس مناطاً في الحكم، بل المناط هو ما أوقعه وأنشأه وقصده في انشائه، والمفروض أنَّ ما انشأ هو البيع الفعلي، والتعلق

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٢.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٢.

الشرعي لا دخل له بما هو منشأ في العقد، كالتعلّق على القبض في الصرف والسلم ونحوه من الشروط الشرعية المتأخرة، وفي الحقيقة هذا ليس راجعاً إلى القصد، بل هو مجرد اعتقاد عدم ترتب الأثر إلا مع ذلك الشرط، فلو قيل في الجواب إنّما نمنع كون القصد هو النقل مع الاجازة، بل هو مطلق، والتوقف عليها إنّما هو في الاعتقاد، لا في القصد كان أولى، فتدبّر.

٣٥٤ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنّ عدم القصد** ...الخ)[1].

أقول: يعني لو سلّمنا قادحية عدم القصد إلى النقل إلا مع الاجازة فانّما نسلّمه بناءً على النقل؛ إذ معه لا يكون المقصود النقل فعلاً وحين البيع، وأما بناءً على الكشف فالقصد إلى النقل مع الاجازة راجع إلى القصد إلى النقل فعلاً، نعم لو قصد النقل بعد الاجازة يحتمل قدحه حتى على الكشف، لكن المفروض كون المقصود النقل معها، أي على تقديرها، ومع فرض وجودها لا النقل بعدها فلا يلزم القصد إلى الملكية المتأخرة بناءً على الكشف، فتدبّر.

٣٥٥ ـ **قوله**ﷺ: **(وأما أدلة إعتبار** ...الخ)[2].

أقول: حاصل مراده ﷺ أنّه يعتبر في العقد أمران، القصد إلى المدلول، والرضا به، والأول شرط في الصحة، والثاني في اللزوم، وأدلة إعتبار الأول لا تقتضي أزيد من القصد إلى نقل المال المعين، فلا يلزم القصد إليه بعنوان أنّه ماله أو مال غيره، وأدلة اعتبار الثاني تقتضي تحققه بالنسبة إلى العنوان الخاص، بمعنى أنّ المستفاد منها اعتبار الرضا الباطني بنقل المال بعنوان أنّه ماله، وإذا فرض عدم ذلك وجب الحكم بالتوقف على الاجازة، فشرط تحقق العقد ـ بمعنى صورته القابلة للحوق اللزوم ـ حاصل في المقام، دون شرط اللزوم؛ فلذا يتوقف على الاجازة بعد العلم بأنّه ماله، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٣.

٣٥٦ ـ قوله ﷺ: (ليس لأمر راجع إلى ...الخ)[١].

أقول: حاصله أنّ الضرر إنّما يوجب الخيار والتزلزل في البقاء إذا كان مع فرض كون البيع واجداً لجميع الشرائط، كما في الضرر الراجع إلى العوضين، كما في خيار الغبن، فانّ البيع فيه تام الأركان، من العلم بالعوضين والرضا بانتقالهما بعنوان كونهما مملوكين معينين، ولكن يلزم الضرر من جهة الجهل بالقيمة، وكونها أزيد من العوض المسمى، والمفروض أنّ العلم بها ليس شرطاً في صحة العقد، فيتدارك بالخيار، هذا بخلاف الضرر الحاصل في المقام، فانّه من جهة فقد شرط الصحة الذي هو الرضا، ومثله ليس مناطاً في الخيار كما في مطلق الفضولي.

ودعوى: أنّ في الغبن أيضاً شرط الرضا مفقود من جهة أنّ رضاه إنّما هو من جهة الجهل بالقيمة، وبتخيّل أنّها مساوية للمسمى، فلا بدّ من الحكم بالبطلان فيه أيضاً، إلا مع الاجازة.

مدفوعة: بمنع اعتبار أزيد من الرضا الحاصل بنقل العين المعينة، ولا يلزم كونه راضياً على جميع التقادير المتصورة، من الاطلاع على القيمة ونحو ذلك، فالرضا المعتبر في صحة العقد هو طيب النفس بنقل هذا المال الخاص بعنوان أنّه ماله، وهو حاصل وإنْ كان ذلك من جهة الاشتباه في القيمة أو الغفلة عنها، وهذا نظير ما لو تخيل أنّ زيداً صديقه، فأذن له في دخول داره، وكان في الواقع من أعدائه، أو أعطى سائلاً شيئاً بداعي أنّه فقير وكان غنياً، فانّ ذلك كافٍ في جواز الدخول وأخذ ذلك الشيء.

وبالجملة: فالتزلزل فيما نحن فيه إنّما هو من جهة فقد الشرط، لا من جهة لزوم الضرر، بخلاف باب خيار الغبن فانّ الشرائط كلها حاصلة، فالتزلزل إنّما هو من جهة لزوم الضرر على فرض اللزوم، فتدبّر.

٣٥٧ ـ قوله ﷺ: (بل يجيء على القول ...الخ)[٢].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٦.

أقول: وذلك لأنَّ الوجه في بطلان الفضولي إذا قلنا به إنَّما هو عدم شمول العمومات من حيث إنَّ العقد لا دخل له بمالك المال، فلا يكون مكلّفاً بالوفاء، وفيما نحن فيه المفروض صدروه من المالك، فلا مانع من شمولها له، هذا ولا وجه للاستثناء الذي ذكره المصنِّف‏‏ بقوله (إلا أنْ يستدل ...الخ)؛ وذلك لأنَّ النهي عن التصرف في مال الغير أيضاً لا يشمل ما نحن فيه؛ لأنَّ المفروض أنَّه ماله، غايته قبح التصرف فيه من حيث إنَّه من التجرّي، ومثله لا يستلزم الفساد، فتدبّر.

٣٥٨ـ **قوله‏: (وجه لا يجري في الثالثة ...الخ)**[1].

أقول: وذلك لأنَّه إذا باع لنفسه فقد حصل منه الرضا بالنقل من حيث إنَّه ماله، فانَّ بيعه لنفسه إنَّما يكون بعد البناء على أنَّه له، فيكون راضياً بنقل هذا المعين بعنوان أنَّه له، ولا يضر الاعتقاد المفروض بعد هذا البناء، فتدبّر.

بقي شيء: وهو أنَّ هنا صوراً لم يتعرّض لها المصنِّف‏ وهي:

ما إذا باع باعتقاد أنَّه للمولّى عليه أو الموكل فبان أنَّه للآخر، أو باعتقاد أنَّه لأحدهما فبان كونه لنفسه، أو بالعكس، أو باعتقاد كونه للموكل ـ الذي هو زيد ـ فبان أنَّه لموكله الآخر، أو باعتقاد أنَّه للمولّى عليه المعين فبان أنَّه لآخر، أو باعتقاد أنَّه المال الكذائي فبان أنَّه غيره وهكذا، والحكم في الكل الصحة والتوقف على الاجازة من عدم الرضا بنقل هذا الشيء وبالعنوان الذي لا بدَّ من قصده والرضا به، ألا ترىٰ أنَّه لو طلّق هذه المرأة باعتقاد كونها زينب فبانت كونها زوجة أخرىٰ له لم يرد طلاقها لم يصح، وكذا في العتق، وكذا لو أذن في التصرف في مال معين باعتقاد أنَّه ماله الفلاني وكان غيره لا يجوز التصرف بهذا الاذن وهكذا في نظائر ذلك، هذا.

ولا يبعد التفصيل بين التقييد والداعي، والحكم بالصحة في الثاني، والتوقف على الاجازة في الأول، والمسألة محتاجة إلى التأمل.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٦.

☐ المجاز

٣٥٩ ـ قولهﷺ: **(يشترط فيه كونه جامعاً ...الخ)**[١].

أقول: هذا هو التحقيق، ومجمل الوجه فيه أنّ الاجازة ليست نفس العقد ولا طرفاً منه، وإنّما هي امضاء وانفاذ للعقد الواقع والمعاملة الواقعة، فلا بدّ من كونها جامعة لجميع ما يعتبر فيها عدا الرضا، ولا فرق في ذلك بين النقل والكشف، ولا بين الأصيل والفضولي، وكون المعاملة لازمة بالنسبة إلى الأول دون الثاني على فرض تسليمه لا يوجب الفرق كما بيّنه المصنّفﷺ، وهو واضح أيضاً، فعلى هذا يجب كون المعاقدين بشرائط الاهلية، والعوضين مملوكين حين العقد، معلومين للمتعاقدين، ولا يكفي العلم بهما حين الاجازة، نعم الشرائط المعتبرة في ترتب الأثر الشرعي على العقد مثل القدرة على التسليم واسلام مشتري المسلم والمصحف يكفي وجودها حين الاجازة بناءً على النقل كما ذكره المصنّفﷺ، وقد أشرنا إليه سابقاً.

فانْ قلت: حال الاجازة كحال الاذن السابق، فكما يمكن الاذن والتوكيل في مجرد إجراء الصيغة مع كون الوكيل والمأذون جاهلين بمقدار العوضين أو جنسهما ووصفهما فينبغي أنْ يكون العلم بهما حين الاجازة كافياً، وإنْ كان العاقد الفضولي جاهلاً.

قلت: فرق بين المقامين، فانّ المعاملة في مسألة الاذن والوكالة متقوّمة بالمالكين، والمفروض علمهما، فيكون العلم بالعوضين حاصلاً حين العقد، بخلاف المقام فانّ المفروض عدم العلم بهما حين صدوره.

ودعوى أنّ اللازم من هذا كفاية علم المالك المجيز حين العقد وإنْ كان الفضولي جاهلاً مدفوعة بمنع ذلك؛ فانّ العقد قبل الاجازة ليس عقداً للمالك، بل

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٧.

يصير عقداً له بعد الاجازة، فعلمه بالعوضين حين العقد لا ينفع مع فرض جهل العاقد، وهذا بخلاف الموكل فانَّ العقد الصادر من الوكيل يعدُّ عقداً له، فيكفي علمه وإنْ كان الوكيل جاهلاً، وهذا واضح.

٣٦٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فلا يكفي اتصاف المتعاقدين** ...الخ)[١].

أقول: يعني أنَّ مجرد الاتصاف المذكور مع فرض فقد سائر الشرائط لا يكفي.

٣٦١ ـ **قوله**ﷺ: **(للزومه عليه** ...الخ)[٢].

أقول: علة للمنفي، وهو الكفاية، وكذا قوله (لتوقف ...الخ)، وقوله (وذلك لأنَّ العقد ...الخ) علة للنفي، أعني عدم الكفاية.

٣٦٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو سلم كونها جزء** ...الخ)[٣].

أقول: يعني لو سلّمنا كونها جزءً، وقلنا بكفاية حصول العلم قبل تمامية الاجزاء نقول إنّها جزء للسبب المؤثر، لا للعقد، وغاية الأمر كفاية حصول العلم قبل تمامية أجزاء العقد، فلا ينفع ذلك إلا في القبول الذي هو جزء له.

٣٦٣ ـ **قوله**ﷺ: **(نعم على القول بكونها بيعاً** ...الخ)[٤].

أقول: فيه أيضاً منع؛ فانَّ من المعلوم عدم وجوب حضور الأصيل والتفاته حين الاجازة، فلو قلنا إنَّ العقد متقوّم بانشاء الايجاب من الأصيل والاجازة من المالك نقول كما أنّه لا يضر الفصل الطويل بين الطرفين، كذا لا يضر غيبة الأصيل، ولا عدم التفاته، وأما الفضولي فلا دخل له أصلاً، هذا مع أنَّ القول المذكور في غاية السقوط، كيف ؟ ولازمه عدم الحاجة إلى الانشاء من الفضولي أصلاً، فتأمل.

ثم لا يخفى أنَّ المراد من شروط المتعاقدين التي ذكر المصنِّفﷺ أنّه لا يجب بقاؤها ليس مثل حياتهما وقابليتهما للملكية، فانَّ مثل هذين الشرطين يجب

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٧.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٧.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٧.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٨.

بقاؤهما حين الاجازة بناءً على النقل كشروط العوضين.

٣٦٤ ـ **قوله**ﷺ: (**واعتبارها عليه أيضاً** ...الخ)[١].

أقول: قد مرّ منهﷺ في ذيل بيان الثمرات بين الكشف والنقل الجزم بعدم الاعتبار بناءً عليه، وهو الذي يقتضيه خبر نكاح الصغيرين وغيره من الأدلة السابقة، فراجع، والغرض أنّ نفي البعد في غير محله، فتدبّر.

٣٦٥ ـ **قوله**ﷺ: (**حداً لا يجوز معه التوكيل** ...الخ)[٢].

أقول: كما إذا وكل في أمر مبهم، كأنْ يقول «وكلتك في شيء أو في تصرف في مالي» مع إرادة الابهام، أو يقول «وكلتك في أحد الأمرين من البيع والنكاح» مع إرادة الترديد لا التخيير، وأما ما عدا ذلك فالظاهر صحته؛ إذ لا يعتبر في متعلق الوكالة التعيين، فلو قال «وكلتك في شراء عبد» صح، وإنْ لم يعينه بالوصف، وكذا لو قال في كل قليل وكثير ونحو ذلك، والظاهر أنّه المشهور بينهم، بل عن جامع المقاصد (لا خلاف في أنّه لا يشترط أنْ يكون متعلق الوكالة معلوماً من جميع الوجوه التي يتفاوت باعتبارها الرغبات)[٣].

نعم في التذكرة[٤] عن الشيخ أنّه لا تصح الوكالة العامة، وهو قول جميع العامة إلا ابن أبي يعلى؛ لما فيه من الغرر العظيم والخطر الكثير؛ لأنّه يدخل فيه هبة ماله وتطليق نسائه واعتاق رقيقه، وأنْ يزوجه نساء كثيرة، ويلزمه المهور الكثيرة والاثمان العظيمة، فيعظم الغرر.

والجواب: أنّا نضبط جواز تصرف الوكيل بالمصلحة.

وفي الشرائع (ولو وكله في شراء عبد افتقر على وصفه لينتفي معظم الغرر، ولو وكله مطلقاً لم يصح على قول، والوجه الجواز)[٥].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٨.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٨.
(٣) جامع المقاصد ٨: ٢٢١.
(٤) التذكرة ٢: ١١٩.
(٥) شرائع الاسلام ٢: ٤٢٥.

وعن القواعد قال (الثالث أنْ يكون معلوماً نوعاً من العلم؛ ليتنفي أعظم الغرر، فلو وكله في شراء عبد افتقر إلى وصفه لينتفي الغرر، ويكفي لو قال عبداً تركياً وإنْ لم يستقصِ في الوصف، ولو اطلق فالأقرب الجواز)[1].

عنه أيضاً[2] عدم الصحة فيما لو قال وكلتك على كل قليل وكثير؛ لتطرّق الغرر وعدم الأمن من الضرر، ولو قال بما إليَّ من قليل وكثير فاشكال.

وعن التذكرة[3] الفرق بين الاضافة إلى نفسه كما لو قال «وكلتك في كل أمر هو إليَّ، أو في كل أموري، أو في كل ما يتعلّق بي» فصحيح، وبين ما لم يضفه إلى نفسه، بأنْ قال «وكلتك في كل قليل وكثير» فباطل.

وعن الشهيد[4] التفصيل في توصيف العبد بين عبد القنية وعبد التجارة، فيعتبر الوصف في الأول دون الثاني.

والتحقيق: الصحة في الجميع عدا صورة الابهام والترديد؛ لشمول العمومات بعد تعارف المذكورات ومسيس الحاجة، والاجماع على صحة الاذن في التصرف في ماله عموماً، وارتفاع الحرمة التكليفية به، ولا مانع إلا دعوى الغرر، ودفعه مختص بالبيع، وعلى فرض العموم فلا ينبغي الفرق بين الصور، بل يجب أنْ يكون حال الوكالة حال البيع، مع أنّه خلاف الاجماع؛ إذ الاشكال في عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات والتعيين من جميع الجهات، وانتفاء معظم الغرر لا يكفي لعدم الدليل على هذا التفصيل.

ثم إنَّ التحقيق: أنَّ الاجازة أيضاً كذلك، فلا يجب كون متعلقها معلوماً للمجيز.

ودعوى: أنّها لما كانت متعلقة بما وقع ـ وهو أمر واحد شخصي ـ فيكون كالتوكيل في أمر مبهم؛ إذ لا يتصوّر كون متعلقها عاماً، فليس حالها حال الاذن السابق، فانّه يمكن تعلّقه بأمر عام.

---

(١) القواعد ١: ٢٥٤.

(٢) القواعد ١: ٢٥٤.

(٣) التذكرة ٢: ١١٩.

(٤) حكاه في الجواهر عمن حكاه عنه، ٢٧: ٣٥٥.

مدفوعة: بمنع كون هذا فارقاً؛ لامكان أنْ يقول أنا راضٍ بما فعل زيد، أي فعل كان من البيع والصلح ونحوهما، فيكون كما لو تعلّق بالأمر العام، ولا يكون من الأمر المبهم، فتدبّر.

وأما ما ذكره المصنّفﷺ من أنّها بحسب الحقيقة أحد ركني العقد فتشبه القبول كما ترى؛ إذ هي امضاء للعقد على حد الاذن السابق، الذي هو توكيل فيه، وإلا فيمكن أنْ يقال إنّ الاذن السابق أيضاً بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، وهذا واضح جداً.

٣٦٦ ـ **قولهﷺ: (ومن هنا يظهر** ...الخ)[1].

أقول: الأقوىٰ عدم اعتبار هذا العلم أيضاً؛ لمنع كونه راجعاً إلى التعليق، مع أنّ بطلانه مختص ببعض العقود؛ إذ الاجماع الذي هو المدرك لا يشمل الجميع، وعلى فرض عموم معقده لجميعها ليس الاجازة منها، ودعوى كونها في معنى العقد كما ترى، مع أنّ الاجماع لا يشمل إلا ما كان عقداً حقيقةً، ولا يعم ما كان في معناه.

٣٦٧ ـ **قولهﷺ: (فتأمل** ...الخ)[2].

أقول: لعله إشارة إلى ما ذكرنا، ويمكن أنْ يكون إشارة إلى منع ما ذكره في بيان كونها في معنى العقد، من قوله (ولذا يخاطب المجيز ...الخ)؛ إذ كون الوفاء بالعقد مختصاً بالعاقد ممنوع، بل يجب الوفاء على من له العقد سواء كان عاقداً أو آذناً له في العقد أو مجيزاً له، فتعلّق الوجوب به بعد الاجازة لا قبلها لا يكون دليلاً على كونها في معنى العقد.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٨.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٩.

❑ حكم العقود المترتبة عليه

٣٦٨ ـ قوله ﷺ: (المجاز إما العقد الواقع ...الخ)[١].

أقول: الغرض من عقد المسألة بيان حكم العقود المتعددة المترتبة، إما بالطبع هو كما هو ظاهر عنوان الفقهاء، أو بمجرد الزمان كما هو ظاهر عنوان المصنِّف ﷺ، وأنَّ إجازة بعضها هل تقتضي صحة البعض الآخر أو لا ؟

ومجمل الكلام في ذلك أنَّ العقود المتعددة إما واقعة على مال الغير، أو على عوضه في كل طبقة، بأنْ يكون العوض في كل عقد معوضاً في العقد اللاحق، وعلى التقديرين إما أنْ يكون العاقد هو المشتري في كل طبقة أو غيره كفضولي آخر، ولا اشكال في أنَّ للمالك إجازة أي من العقود شاء، فانْ أجاز العقد الواقع على ماله في إحدى المراتب صح ذلك العقد، وكان فسخاً للعقود السابقة إنْ كانت، لكن بالنسبة إليه.

وأما بالنسبة إلى المشتري ـ الذي صار مالكاً لذلك المال بالاجازة ـ فانْ قلنا إنَّه يشترط أنْ يكون المجيز مالكاً حين العقد فلا يصح له إجازة شيء منها، وإنْ قلنا بعدم الاشتراط جاز له ذلك؛ لأنَّه صار مالكاً حين العقد المجاز، وأما العقود اللاحقة إنْ كانت فانْ كان العقد اللاحق من المشتري في ذلك العقد صح بلا حاجة إلى الاجازة بناءً على الكشف، لأنَّه كان حين العقد مالكاً، وبطل بناءً على النقل، إلا إذا قلنا بعدم اشتراط الملكية حين العقد.

وإنْ كان من غير ذلك المشتري صح مع إجازته بناءً على الكشف، أو على القول بعدم اشتراط الملكية بناءً على النقل، وبطل على القول بالاشتراط.

وإنْ أجاز العقد الواقع على عوض ماله في إحدى المراتب صح ذلك العقد وما قبله مما هو مرتب عليه طبعاً كالعقد الأول وغيره مما وقع على العوض في كل مرتبة، بمعنى أنَّ تلك الاجازة لا يصح إلا مع اجازتها، فهي في قوة اجازتها، لا

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٩.

بمعنى أنّها مؤثرة في صحتها، كيف؟ وهي متوقفة عليها، فلو قصد تخصيص الاجازة بذلك العقد دون ما قبله بطلت؛ لأنّه غير مالك لذلك العوض إلا بعد إجازة العقود السابقة، وأما العقود السابقة التي لا تتوقف صحة هذا العقد عليها فالحال فيها كما تقدم في الفرض الأول، وأما العقود اللاحقة إنْ كانت فهي محتاجة إلى إجازة أخرىٰ بناءً على الكشف، وعلى النقل يبنى على ما مرّ من اشتراط الملكية وعدمه.

٣٦٩ ـ قولهﷺ: (وعلى كل منهما إما أنْ يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو عوضه ...الخ)[1].

أقول: لا يخفىٰ أنّ قوله (وقع على المال أو عوضه) بيان لقوله (وعلى كل منهما)، وكان الأولى اسقاطه من العبارة لئلا يوهم جريان هذه الأقسام على التقديرين، مع أنّه إذا كان المجاز العقد الواقع على نفس مال الغير لا يجري تقسيم كون المجاز أول عقد وقع منه على العوض أوآخره ...الخ، وإذا كان العقد الواقع على عوضه لا يجري تقسيم كونه أول عقد وقع على المال أو آخره ...الخ.

والحاصل: أنّ كون المجاز أول عقد وقع على المال أو آخره ...الخ إنّما هو على التقدير الأول، وكونه أول عقد وقع على عوضه أو آخره ...الخ إنّما هو على التقدير الثاني، والعبارة موهمة لمجيء كلا التقسيمين على كل من التقديرين، ولو أسقط قوله (وقع على المال أو عوضه)، وقال «إما أنْ يكون المجاز أول عقد أو آخره ...الخ» سلمت من ذلك.

وقوله (واقعين على مورده أو بدله) يعني به واقعين على نفس مورد العقد المجاز سواء كان ذلك المورد نفس مال الغير أو عوضه، أو على بدل ذلك المورد، أي بدل مال الغير أو بدل عوضه.

ثم لا يخفىٰ أنّ الأقسام اثني عشر، ستة للفرض الأول، وستة للفرض الثاني، فانّه لو كان المجاز العقد الواقع على مال الغير، إما أنْ يكون ذلك أول العقود

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٦٩.

الواقعة عليه أو آخره، أو وسط بين عقدين واقعين عليه، أو وسط بين عقدين واقعين على عوضه، أو وسط بين عقدين يكون السابق منهما واقعاً على نفسه، واللاحق على عوضه، أو بالعكس، وهكذا لو كان المجاز العقد الواقع على العوض.

ثم إنّ المثال الذي جعله جامعاً للكل، أما جامعيته لجميع أقسام الفرض الأول فلأنّ أول العقود الواقعة على نفس المال بيع العبد بالفرس، وآخرها بيعه بالدينار، وبيعه بالكتاب وسط بين هذين الواقعين على مورده، وبين بيع الفرس بالدرهم، وبيع الدينار بجارية الواقعين على عوض المورد، ومن ذلك يظهر كونه وسطاً بين المختلفين.

وأما جامعيته لجميع أقسام الفرض الثاني فلأنّ أول العقود الواقعة على عوض العبد بيع الفرس بالدرهم، وثانيها بيع الدرهم بالرغيف، وثالثها بيع الرغيف بالعسل، وبيع الدرهم بالرغيف الذي هو الوسط قبله عقد واقع على مورده، وهو بيع الفرس بالدرهم، وعقد واقع على بدل مورده، وهو بيع العبد بالفرس فانّ الفرس عوض للدرهم، والعبد عوض للفرس، وبعده عقد واقع على مورده، وهو بيع الدرهم بالحمار، وعقد واقع على بدله، وهو بيع الرغيف بالعسل.

٣٧٠ ـ **قوله**ﷺ: **(تلزم بلزوم هذا العقد** ...الخ)[١].

أقول: يعني عقد العبد بالدينار، فانّه مع صحته ولزومه يكون الدينار لبائعه بالجارية، وهو صاحب الكتاب، وأما مع عدم صحته ـ كما على القول بالنقل، واعتبار المجيز في الحال ـ فيكون الدينار لمالكه الأول، وله إجازة هذا البيع.

٣٧١ ـ **قوله**ﷺ: **(وأمّا إجازة العقد الواقع على العوض أعني** ...الخ)[٢].

أقول: لما فرغ من أقسام الفرض الأول شرع في أقسام الفرض الثاني، وهو كون المجاز العقد الواقع على عوض مال الغير، وإنّما ذكر بيع الدرهم بالرغيف لأنّه

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٠.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٠.

الوسط فيها.

٣٧٢ ـ قوله﴿ره﴾: (سواء وقعت على نفس مال المالك ...الخ)[١].

أقول: فانَّ العبد عوض للفرس، الذي هو عوض للدرهم؛ حيث إنَّ المراد من العوض أعم مما جعل ثمناً في البيع أو مثمناً، ولا يخفىٰ أنَّه لا بدَّ من تقييد ذلك ـ حتى ملزميته للعقود السابقة ـ بما إذا كانت مثل بيع الفرس بالدرهم، وبيع العبد بالفرس مما يتوقف صحته هذا المجاز عليه، وإلا فليس كل عقد سابق واقع على العوض كذلك، فانَّه لو بيع الفرس بغير الدرهم، ثم بيع به، أو بيع العبد بغير الفرس، ثم بيع به، لا يكون اجازة بيع الدرهم بالرغيف ملزمة له، فتدبّر.

٣٧٣ ـ قوله﴿ره﴾: (وملخص ما ذكرنا ...الخ)[٢].

أقول: لا وجه للعدول عن تعبير الفقهاء ـ من أنَّ في العقود الواقعة على الثمن يصح المجاز وما بعده، وفي العقود الواقعة على الثمن يصح وما قبله ـ إلى ما ذكره، مع أنَّه غير مطرد، ولا منعكس، فانَّه لو باع العبد بالفرس ثم باعه ثانياً فضولاً أيضاً بالكتاب، ثم باعه ثالثاً بالدينار يكون الجميع صادراً من شخص واحد، وهو الفضولي الأول، ومع ذلك لا يصح المجاز وما قبله، بل ولا ما بعده، فانَّ ما بعده أيضاً موقوف على إجازة المشتري في العقد المجاز.

ولو باع العبد بالفرس، ثم باع غير المشتري الفرس بالدرهم، وباع فضولي آخر غير مشتري الفرس بالرغيف، وباع فضولي آخر الرغيف بالعسل يصح المجاز وما قبله، ويتوقف ما بعده على الاجازة، مع أنَّها صادرة من أشخاص.

فالضابط الجامع المانع: هو أنَّه إذا وقعت عقود على المثمن أو الثمن أو بالاختلاف فاجازة الوسط في قوة إجازة كل سابق يتوقف عليه هذا المجاز، ومؤثرة في لزوم كل لاحق يتوقف على هذا المجاز إذا صدر من المشتري في كل طبقة، وإلا فمع إجازته، هذا على الكشف، وعلى النقل لا يصح شيء من العقود

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٠.

اللاحقة إلا مع إجازة المالك الأصلي حين العقد، فتدبّر.

٣٧٤ ـ قولهﷺ: **(ثم إنَّ هنا اشكالاً في شمول ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفى أنَّ هذا الاشكال إنَّما يختص بما إذا كان الثمن شخصياً، وإلا فمع كونه كلياً غايته أنَّ المدفوع إلى الغاصب يصير ملكاً له، لكن لا يتعين الثمن فيه، فيمكن حينئذٍ إجازة البيع ومطالبة الثمن من المشتري، نعم حينئذٍ لا يمكن إجازة العقد الثاني للغاصب؛ لأنَّه لا دخل له بالمجيز.

ثم إنه ليس إشكالاً في جواز تتبع العقود، بل الاشكال إنَّما هو في صحة العقد، بل الاشكال إنَّما هو في صحة العقد الأول، ومنه يسري إلى سائر العقود إلا فيما فرضنا من كون الثمن كلياً، فانَّ الاشكال فيه إنَّما هو في التتبع، لا في العقد الأول، ثم إنَّه مبني على كون الثمن المدفوع إلى الغاصب ملكاً له، وإلا فلا يكفيه مجرد عدم جواز الاسترداد، والقول بملكية الغاصب له مقطوع الفساد وإنَّ نسب إلى ظاهر بعض الكلمات، ثم إنَّه مبني على القول بالنقل حسبما ذكره الفخر[٢] وتبعه المصنِّفﷺ، وإلا فعلى الكشف لا إشكال كما هو واضح كما بيّنه المصنِّفﷺ.

ثم إنَّ القول بعدم جواز الاسترداد من الغاصب أيضاً مما ينبغي القطع بفساده، فلا اشكال أصلاً، ولا طائل تحت إطالة الكلام على هذا المبنى الفاسد.

فالتحقيق: أنَّه لا ينتقل الثمن في العقد الثاني إلى الغاصب لعدم كونه مالكاً للعوض، وهو الثمن في البيع الأول، فيجوز للمالك تتبع العقود بلا اشكال على الكشف والنقل.

نعم، لو تلف الثمن في البيع الأول قبل الاجازة أشكل الحال بناءً على النقل، لكن لا يختص هذا ببيع الغاصب، بل يجري في جميع المقامات؛ من حيث إنَّه لا بدَّ من وجود كل من العوضين حين النقل، وقد مرَّ سابقاً، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧١.

(٢) ايضاح الفوائد ١: ٤١٨.

٣٧٥ ـ قولهﷺ: **(لأنَّ العقد جزء سبب** ...الخ)[١].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ الفخر لم يدعِ لأسبقيته حتى يرد عليه ذلك، بل ادعى وجوب تقديم حق المجيز، وعلله بما ذكره، من كون الغاصب مأخوذاً بأشق الأحوال، مع أنَّه يمكن دعوى سبق حق المجيز من حيث الزمان أيضاً، بأنَّ سبب الملكية وإنْ كان هو العقد والاجازة، فيكون ملكية الغاصب سابقة من جهة تقدّم سببها، وهو الاقباض على الاجازة التي هي جزء سب ملكية المجيز، إلا أنَّ العقد علة تامة لتعلق حق للمجيز بالثمن؛ حيث جعل ثمناً لماله، فهذا الحق مقدّم على ملكية الغاصب؛ لتقدم سببه على سببها، فالأولى أنْ يمنع تعلّق حق له بالثمن؛ أو حق الاجازة ليس من الحقوق، بل ليس هناك إلا الحكم الشرعي بجواز الاجازة والتملك بها، فتدبّر.

٣٧٦ ـ قولهﷺ: **(فافهم** ...الخ)[٢].

أقول: لعله إشارة إلى أنَّ وجه عدم جواز الاسترداد أو ملكية الغاصب إذا كان هو التسليط المجاني من جانب مالك الثمن؛ حيث إنَّه عالم بعدم كونه مالكاً له، ومع ذلك يدفعه إليه فهو مطلق غير مقيد بالاجازة؛ لأنَّ المفروض أنَّ المشتري إنَّما يشتري من الغاصب بعنوان أنَّه المالك، لا بتوقّع إجازة المالك الحقيقي، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٥.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٦.

❑ أحكام الرد وما يتحقق به

٣٧٧ ـ **قوله**ﷺ: **(لا يتحقق الرد ...الخ)**[١].

أقول: قد مرّ سابقاً أنّ الرد موجب لانفساخ العقد؛ بحيث لا يقبل الاجازة بعد ذلك، لعدم بقاء المعاقدة والمعاهدة معه، فينتفي معه أهليته للاجازة.

والتحقيق: أنّه يتحقق بانشائه قولاً بكل لفظ دال عليه، وفعلاً أيضاً بكل فعل دال قصد به انشاؤه، ودعوى وجوب اللفظ كما ترىٰ.

وأما التصرفات الغير المنافية كالتعريض للبيع والتوكيل فيه ونحوهما مع عدم قصد الانشاء بها فلا يكفي فيه، سواء كانت مع الالتفات إلى وقوع العقد أو لا معه، وأما التصرف المفوّت للمحل كالبيع ونحوه ـ بناءً على كونه مفوّتاً ـ فهو لا يوجب الرد بحيث يبطل العقد بالمرة، غايته أنّه لا يصح معه إجازته، وهو أعم من ذلك، فانّه لا يمنع من إجازة المشتري لذلك العقد بناءً على عدم اشتراط الملكية حين العقد فيها، وهذا بخلاف الرد القولي أو الفعلي الحاصل بانشائه فانّ معه لا يمكن لحوق الاجازة ولو من غير الراد؛ لعدم بقاء الأهلية معه.

والحاصل: أنّ تفويت المحل ليس رداً، وإنّما غايته عدم صحة الاجازة من المالك معه.

ويبقى الكلام في أنّ البيع والهبة والعتق ونحوها موجبة لفوات المحل، ولا اشكال في كونها مفوتة إذا قلنا بكون الاجازة ناقلة أو كاشفة بالكشف الحكمي؛ وذلك لأنّ المبيع عليهما باقٍ على ملك المالك قبل مجيئها، فله التصرف فيه كيف شاء بمقتضى قولهﷺ (الناس مسلطون على أموالهم)[٢]، فيكون تصرفاته صحيحة نافذة، فلا يبقى بعد ذلك محل للاجازة.

وكذا بناءً على الكشف الحقيقي إذا قلنا بالشرط المتأخر، فانّ العين مع قطع

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٧.

(٢) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، حديث ٩٩.

النظر عن الاجازة باقية على ملكه، وإنّما تخرج عنه بالاجازة، فاذا تصرّف فيها كان نافذاً ومانعاً من تأثيرها.

ويحتمل بعيداً القول بأنّ الاجازة اللاحقة تكشف عن كونها واقعة على مال الغير، فتكون باطلة، لكن فيه أنّها وإنْ كانت كاشفة عن ملكية المشتري حين العقد إلا أنّ هذا فرع كون المحل قابلاً لها، والتصرف السابق يمنع من ذلك بعد صدق كونه صادراً من أهله في محله؛ إذا المفروض أنّ العين لا تخرج عن ملك مالكها إلا بها، فمع قطع النظر عنها لا مانع من تأثير التصرفات فيها واقعاً، لا في مقام الظاهر فقط.

وكذا الحال بناءً على الكشف الحقيقي بمعنى كون الشرط لحوق الاجازة، فانّ الشرط لحوق الاجازة الواقعة في محلها.

نعم، لو قلنا بالكشف الحقيقي الصرف بحيث لم يكن للاجازة دخل له أصلاً كانت التصرفات باطلة في الواقع إذا لحقتها الاجازة، وكذا لو قلنا إنّ الشرط لحوق الاجازة بأي وجه كانت، بأنْ لم تكن مشروطة بشرط أصلاً، وكان الشرط مجرد وجودها في الخارج، لكنك عرفت سابقاً ضعف هذين الاحتمالين، فالتحقيق أنّ التصرفات المذكورة واقعة في محلها، ومانعة من تأثير الاجازة في العقد السابق، هذا كله في التصرفات المخرجة عن الملك.

وأما التصرفات الغير المخرجة كالاجارة وتزويج الأمة ونحوهما فهي لا تنافي وقوع الاجارة، فيحكم بصحتها وصحة الاجازة أيضاً، غايته أنّه ينتقل الملك المسلوب المنفعة إلى المشتري، فيكون كما لو انتفع المالك بالسكنى واللبس ونحوهما، فيجب عليه دفع أجرة المثل إلى المشتري، وأما الاستيلاد فهو من التصرف المفوّت للمحل كالبيع والعتق.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره المصنّفﷺ من الحكم بالتنافي بينهما وبين الاجازة، وفى عدّ الاستيلاد في عدادها مع أنه من قبيل البيع و العتق، فتدبّر.

٣٧٨ ـ **قوله**ﷺ: **(والهبة التزويج ...الخ)**[١].

أقول: الظاهر أنَّ مراده تزويج البنت المزوجة فضولاً، لا تزويج الأمة المبيعة، فانّه ذكره بعد ذلك في عداد الاجازة والاستيلاد، فتدبّر.

٣٧٩ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمل ...الخ)**[٢].

أقول: ويمكن أنْ يكون إشارة إلى ما ذكرنا من منع المنافاة والمناقضة، ويمكن أنْ يكون إشارة إلى عدم الفرق بين السكنى واللبس وما سبق من الاجارة وتزويج الأمة والاستيلاد، فيجري فيهما الاشكال فيها.

٣٨٠ ـ **قوله**ﷺ: **(هو العقد الملحوق بالاجازة ...الخ)**[٣].

أقول: يعني على وجه لا يكون للاجازة دخل أصلاً، أو كان الشرط لحوقها مطلقاً من غير اشتراط فيها بكونها في محلها حسبما ذكرنا.

٣٨١ ـ **قوله**ﷺ: **(كانت التصرفات مبنية ...الخ)**[٤].

أقول: حتى مثل البيع والعتق نحوهما.

٣٨٢ ـ **قوله**ﷺ: **(أما الأول فهو رد فعلي ...الخ)**[٥].

أقول: الظاهر أنَّ المراد كونه رداً إذا قصد به انشاؤه، وإلا فمع عدمه لا يكون رداً بمجرد الالتفات؛ إذ هو أعم من قصد الرد وعدمه، ومع عدم القصد لا يصدق الرد الفعلي حتى يشمله الأدلة المذكورة.

٣٨٣ ـ **قوله**ﷺ: **(مثل ما وقع في نكاح العبد ...الخ)**[٦].

أقول: كما في موثقة زرارة عن أبي جعفرعليه السلام (سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٧.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٨.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.
(٦) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.

سيده؟ فقال عليه السلام: ذاك إلى سيده إنْ شاء أجازه، وإنْ شاء فرّق بينهما)[١]، وفي خبره الآخر عنه عليه السلام (سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثم اطلع على ذلك مولاه ؟ فقال عليه السلام: ذلك إلى مولاه إنْ شاء فرّق بينهما، وإنْ شاء أجاز نكاحهما، وللمرأة ما أصدقها)[٢].

٣٨٤ ـ قوله قدس سره: (وما ورد في من زوّجته ...الخ)[٣].

أقول: كخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام (أنّه سأله عن رجل زوجته أمه وهو غائب ؟ قال عليه السلام: النكاح جائز، إنْ شاء المزوج قبل، وإنْ شاء ترك، فانْ ترك المزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه)[٤].

ولا يخفىٰ ما في الاستدلال بهذه الروايات، فانّه لا يستفاد منها أزيد من عدم صحة العقد مع تفريق المولى، ومع ترك الولد، وهذا ليس محلاً للاشكال، وإنّما هو في عدم بقاء أهلية العقد للاجازة، وعدم تأثيرها بعد ذلك، ولا يستفاد منها ذلك.

بل يمكن أنْ يقال: إنّ مقتضى اطلاق قوله (ان شاء أجازه)، وقوله عليه السلام (إنْ شاء الزوج قبل) جواز ذلك حتى بعد الرد القولي أيضاً، فضلاً عن الفعلي.

وبالجملة: لا دلالة في هذه الأخبار إلا على عدم نفوذ العقد بدون الاجازة، والمدعى كون الرد فاسخاً للعقد بحيث لا ينفعه الاجازة، ولعل هذا واضح، ولا يخفىٰ أنّ هذا الذي ذكرنا غير ما ذكره المصنّف قدس سره في قوله (إلا أنْ يقال إنّ الاطلاق مسوق ...الخ) فانّ مقتضى ما ذكرنا عدم الدلالة حتى مع كون الاطلاق مسوقاً لبيان الكيفية أيضاً، فانّ غايته أنّه لا ينفذ العقد مع الترك الفعلي أيضاً، وهذا أعم من أنْ يخرج عن القابلية بالمرة، نعم يرجع ما ذكره إلى ما ذكرنا لو كان المراد كون الاطلاق مسوقاً لبيان كيفية الرد من حيث كونه فسخاً للعقد، وعدم كونه مسوقاً

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٢.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٧٩.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد، ح ٣.

لذلك، فتدبّر.

٣٨٥ ـ قولهﷺ: **(أنَّ المانع من صحة الاجازة** ...الخ)[١].

أقول: هذا الوجه هو العمدة في المقام بناءً على تماميته في الرد القولي، وإنْ كان فيه اشكال من حيث امكان منع خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه أحد الطرفين، بمعنى عدم أهلية العقد بعد ذلك لاجازته، بل يمكن منع كون رد القابل لايجاب الموجب موجباً لبطلانه؛ بحيث لو بدا له فقبل قبل فوات الموالاة لم يكن صحيحاً، نعم لو ردَّ الموجب ايجابه قبل قبول القابل خرج عن الأهلية عرفاً.

والحاصل: أنَّ بطلان العقد بمجرد الرد آناً ما أو أزيد ممنوع، ولو سلّم ذلك في الرد بين الايجاب والقبول لا يسلّم في المقام؛ لأنَّ العقد وقع بين الفضولي والأصيل جامعاً لجميع الشرائط، وليس له حالة منتظرة إلا رضا المالك، فاذا حصل أثّر أثره، بخلاف ما إذا تخلل الرد بين الايجاب والقبول فانَّه يمكن دعوى عدم صدق المعاهدة معه.

ويؤيد ما ذكرنا صحيحة محمد بن قيس[٢] في بيع الوليدة، حيث إنَّ الاجازة فيها بعد الرد كما تقدم الكلام فيها، وحينئذٍ فلا دليل على مبطلية الرد إلا الاجماع المنقول، ولا تعويل عليه إذا كان النص على خلافه، نعم لو اعتمدنا عليه وجب الاقتصار على الرد القولي؛ إذ في الفعلي لا اجماع، فيبقى على مقتضى القاعدة من عدم المبطلية، ولو شك فمقتضى الأصل بقاء الأهلية، فتأمل.

٣٨٦ ـ قولهﷺ: **(مضافاً إلى فحوى الاجماع** ...الخ)[٣].

أقول: يمكن دعوى أنَّ هذا الاجماع تقديري، فانَّ الظاهر من بعض كلماتهم أنَّ الفسخ يحصل بالتصرفات المذكورة ولو مع عدم قصد انشاء الفسخ بها، ولعلهم يجعلونها نظير كون انكار الطلاق رجعة، مع أنَّ من المعلوم أنَّ المنكر ليس قاصداً

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٠.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٠.

للرجوع.

ويمكن توجيهه بأنَّ علقة الملكية باقية لذي الخيار، فيجوز له التصرف الموقوف على الملك من جهتها، وإذا تصرّف بالبيع مثلاً فلازمه انفساخ البيع السابق، وإذا كان نظر بعض المجمعين إلى ما ذكرنا، بل احتمل ذلك بالنسبة إلى بعضهم لا يمكن التمسك بهذا الاجماع لاثبات صحة انشاء الفسخ بهذه التصرفات كما هو المدعى، وإذا لم يثبت ذلك في فسخ ذي الخيار فلا يمكن التمسك بفحواه للمقام.

٣٨٧ ـ **قوله**ﷺ: **(وإلا فتوقفها على الملك** ...الخ)[١].

أقول: يعني لو قيل إنَّ الوجه في حصول الفسخ بها ليس دلالتها على قصد الفسخ وانشائه، بل الوجه فيه توقف التصرفات المفروضة على الملك ...الخ، فلازم جوازها حصول الفسخ بها أو قبلها وإنْ لم يكن المتصرف قاصداً له.

بأن يقال: إنَّ مقتضى ذلك بطلان تلك التصرفات، لا حصول الفسخ بها؛ وحيث لم يحكموا ببطلانها كشف ذلك عن كون نظرهم إلى حصول الفسخ بها من جهة دلالتها على القصد وانشائه بها.

قلت: كون مقتضى التحقيق ذلك لا يقتضي كون نظر جميع المجمعين إليه، فيمكن أنْ يكون نظر بعضهم إلى هذا الوجه وإنْ كان فاسداً، ومعه لا يتم الاجماع، مع أنَّه يمكن توجيهه بما ذكرنا، من كفاية بقاء العلقة في صحة التصرفات، مع أنَّ ما ذكره المصنِّفﷺ من كون الوجه دلالتها على قصد الفسخ لا يدفع الاشكال؛ لأنَّ المفروض توقف التصرفات المذكورة على الملك، وهو لا يحصل إلا بعد الفسخ، فانشاؤه لا ينفع في وقوعها في الملك، إلا أنْ يقال إنَّ الفسخ يحصل بمجرد نية تلك التصرفات، لا بنفسها، وهو كما ترى، وإنْ اختاره المصنِّفﷺ هناك، وإنْ شئت تحقيق الحال فراجع ما علقناه على الخيارات[٢].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٠.
(٢) ج ٣ تعليقة ٥٩٤.

٣٨٨ ـ قولهﷺ**: (نظير انكار الطلاق** ...الخ)[١].

أقول: يعني أنّه لا يمكن أنْ يجعل المقام نظير ما ذكروه في باب الطلاق من حصول الرجعة فيه بمجرد الانكار، مع أنّه غير قاصد لانشاء الرجوع، بل مقتضى اطلاق كلامهم حصوله به ولو كان معتقداً لعدم الطلاق، وغير ملتفت إلى وقوعه، ومعه لا يمكن قصد الرجوع به، ووجه عدم الامكان أنّ ذلك الحكم في ذلك المقام إنّما ثبت بالنص الخاص، وهو صحيحة أبي ولّاد عن أبي عبدالله‌عليه‌السلام (سألته عن امرأة ادّعت على زوجها أنّه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً، يعني على طهر من غير جماع، وأشهد لها شهوداً على ذلك، ثم أنكر الزوج بعد ذلك ؟ فقال‌عليه‌السلام: إنْ كان أنكر الطلاق قبل انقضاء العدة فانّ انكاره للطلاق رجعة لها، وإنْ أنكر الطلاق بعد انقضاء العدة فانّ على الامام أنْ يفرق بينهما بعد شهادة الشهود بعد ما تستحلف أنّ انكاره الطلاق بعد انقضاء العدة، وهو خاطب من الخطّاب)[٢].

وما عن فقه الرضا (وأدنى المراجعة أنْ يقبّلها أو ينكر الطلاق، فيكون انكار الطلاق رجعة)[٣] فلا يمكن قياس ما نحن فيه عليه.

مع أنّه يمكن أنْ يقال: إنّ الوجه في كون انكار الطلاق رجعة هو كون المطلقة رجعية زوجة أو بحكمها، فيكفي كل لفظ أو فعل دال على التمسك بزوجيتها، وإن لم يقصد به انشاء الرجوع، فليس الرجوع فيه من قسم الايقاعات المحتاجة إلى قصد الانشاء، ولعل هذا الوجه ظاهر كلام المحقق؛ حيث قال (ولو أنكر الطلاق كان ذلك رجعة؛ لأنّه يتضمن التمسك بالزوجية، وهو الظاهر من الآية الشريفة ﴿ فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ﴾[٤])[٥].

وهذا الوجه غير جارٍ في المقام، إذ المقصود حصول الانفساخ للعقد بحيث

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب اقسام الطلاق، ح ١.

(٣) المستدرك ١٥: ٣٢١، حديث ١٨٣٧٦.

(٤) البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٥) شرائع الاسلام ٢: ٥٩٤.

يخرج عن أهلية الصحة بالاجازة، وهو لا يحصل بما يدل على التمسك بالملكية، بل موقوف على قصد الانشاء الغير الحاصل بالفرض، وكذا باب الفسخ بالخيار، وإنْ كان يمكن إلحاقه بباب الطلاق، بدعوى بقاء علقة الملكية الكافية في صحة التصرفات حسبما أشرنا إليه، فتدبّر.

٣٨٩ ـ **قوله**﵀: **(فانَّ بعض المعاصرين يظهر منه** ...الخ)[١].

أقول: دعوى الاتفاق وإنْ كانت في غير محلها، بل ينبغي القطع بكفاية الاجازة الفعلية، إلا أنَّه يمكن تصحيح عدم كفاية الرد الفعلي بما أشرنا إليه من أنَّ مقتضى القاعدة بقاء أهلية العقد وعدم انفساخه بالرد، وأنَّ العمدة في مبطليته هو الاجماع، والقدر المتيقن منه على فرضه هو الرد القولي حسبما أشار إليه المصنِّف ﵀ أيضاً.

٣٩٠ ـ **قوله**﵀: **(فالظاهر أنَّ الفسخ بها** ...الخ)[٢].

أقول: ظاهره ما صرح به في محله من أنَّ الفسخ إنَّما يحصل بمجرد القصد إلى التصرفات، فلا يكون الفسخ بها، بل قبلها؛ ولازم ذلك التزام حصوله في الفسخ القولي أيضاً بمجرد القصد، وهو كما ترى، وتحقيق الحال ما ذكرناه هناك، فراجع.

بقي أمور:

الأول: الظاهر أنَّ الرد قبل وقوع العقد لا اعتبار به، فيجوز الاجازة بعده، بمعنى أنَّه لا ينعقد باطلاً؛ فذلك لأنَّ انشاءه قبل وقوع المتعلق لا يؤثر شيئاً، كما في الفسخ قبل صدور العقد الخياري، ولعله واضح.

ودعوى أنَّ ذلك منه منافٍ لامكان كونه أحد الطرفين، فلا يصير بعد ذلك طرفاً للعقد عرفاً بسبب الاجازة كما ترىٰ.

الثاني: بناءً على جواز إجازة قبض الثمن إذا قبضه البائع، فهل الرد قبلها مانع عن تأثيرها بعد ذلك أو لا؟ الظاهر عدم كونه مانعاً، فانَّ القبض ليس من العقود ولا من الايقاعات ليبطل بالرد؛ بحيث يخرج عن أهلية الاجازة، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٢.

الثالث: إذا باع الفضولي عن المالك أو عن نفسه ثم فسخه أو ردّه فهل يبطل بذلك فلا يبقى محل لاجازة المالك؛ لأنّه إنّما يجيز العهد الصادر منه، وقد خرج عن كونه عاهداً بسبب فسخه أو ردّه، فلا يبقى عقد قابل لتأثير الاجازة فيه أو لا ؟ لأنّه أجنبي، فبعد صدور العقد منه صار للمالك، وكما لا تأثير لفسخ سائر الأجانب، فكذا لا تأثير لفسخه أيضاً، وجهان، أقواهما الثاني، ويحتمل بعد الفرق بين الغاصب البائع بالخيار ثم فسخه بخياره فلا يصح إجازة المالك لعدم بقاء المعاهدة عرفاً وبين غيره، كما إذا باع عن المالك، أو لم يكن له خيار فانّ فسخه حينئذٍ في غير محله عرفاً أيضاً، فلا مانع من بقاء المعاهدة وتأثير الاجازة فيها.

ومما ذكرنا ظهر حال ما إذا بيع مال الطفل فضولاً، وكانت المصلحة في إجازته فرده الولي بناءً على وجوب مراعاة المصلحة، فانّ ردّه هذا غير مؤثر في البطلان، فيجوز له الاجازة بعد ذلك؛ وذلك لأنّه أجنبي بالنسبة إلى هذا الرد؛ لأنّه غير مأذون فيه، بل لو قلنا في الفرض الأول ببطلان العقد برد الفضولي لا نقول به في هذا الفرض؛ لأنّ العهد فيه غير متقوّم بالولي وغير صادر عنه، بخلاف الفرض الأول فانّه لما كان هو العاهد أمكن أنْ يقال: لا يبقى عهده برده، فلا محل للاجازة، فتدبّر.

الرابع: إذا باع الفضولي بالخيار فقال المالك في زمان بقاء الخيار «فسخت»، فالظاهر أنّه امضاء للعقد وفسخ من حين صدور هذا القول بناءً على كون الاجازة كاشفة، فانّه لا مانع من انشاء الفسخ والاجازة بلفظ واحد إذا كان قاصداً لهما؛ لأنّ المتعلق مختلف، فالاجازة تتعلق بالعقد من حين وقوعه، والفسخ به باعتبار البقاء من حينه، هذا على الكشف الحقيقي.

وأما على الحكمي والنقل فلا يعقل ذلك؛ لاستلزامه حصول التملك والفسخ في زمان واحد، ولا يعقل كون شيء واحد سبباً للنقيضين، وأما على الأول فليسا نقيضين كما قلنا ؛ حيث إنّ الاجازة امضاء للعقد باعتبار الزمان السابق، والفسخ متعلق به باعتبار استمراره بعد ذلك، فالمتعلق مختلف، هذا إذا لم يقصد من قوله «فسخت» الرد، وإلا فلا يكون إجازة، وهو واضح.

الخامس: إذا اختلفا في أنّه هل ردَّ العقد فلا تكون إجازته نافعة، أو لا فيصح إجازته، فالقول قول المالك؛ لأنَّ الأصل عدم الرد، وكذا إذا ردَّ واختلفا في أنّه أجاز قبل ذلك فلا تأثير لرده أو لا، فانَّ القول فيه أيضاً قول المالك؛ لاصالة عدم الاجازة.

السادس: الظاهر أنّه لا يعتبر في الرد معلومية خصوصيات العقد، فلو علم بوقوع عقد على ماله فقال رددته مع جهله بكونه بيعاً أو غيره ويكون العوض كذا وكذا أو نحو ذلك صح رده، وبطل العقد.

○ مسألة: حكم المالك مع المشتري لو لم يجز

٣٩١ ـ **قوله** ﴿: **(ممن وجده في يده** ...الخ)[1].

أقول: وكذا له مطالبته من البائع، بل من كل من ترتب يده عليه، وله الالزام برده وإنْ كان فيه مؤونة كما سيصرح به المصنّف ﴿.

٣٩٢ ـ **قوله** ﴿: **(ومع التلف يرجع** ...الخ)[2].

أقول: وكذا إلى البائع وغيره ممن ترتب يده عليه، ولا وجه للتقييد بقيمة يوم التلف، بل يجيء فيه جميع الأقوال والاحتمالات المذكورة في المقبوض بالعقد الفاسد.

٣٩٣ ـ **قوله** ﴿: **(ثم نقضت عند الأخير** ...الخ)[3].

أقول: يعني قبل وصولها إلى يده، وإلا فلو فرض نقصانها عنده يجوز الرجوع بها عليه أيضاً، ومجمل الكلام أنّه بناءً على ضمان الأعلى إذا فرض زيادة القيمة في بعض الأيدي المتعاقبة ونقصانها في بعضها يجوز للمالك الرجوع بتلك الزيادة ومطالبتها ممن حصلت في يده، ومن كل من تقدم عليه يده، ولا يجوز مطالبتها ممن تأخرت يده عنها، فلو فرض نقصانها في يد الأول، وحصول الزيادة في بعض الأيادي المتأخرة، ثم نقصانها يجوز له الرجوع بها إلى الأول، وإنْ لم

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٣.

يحصل ملك تلك الزيادة في يده؛ لأنّه إذا حصلت العين في يده فهو ضامن لجميع حالاتها، وإنْ كانت حاصلة عند غيره من الأيادي المترتبة على يده، وأما من لم تحصل في يده ولا في يد من تأخره فلا يجوز الرجوع عليه إلا بالقيمة حين كونها في يده، أو بالزيادة الحاصلة بعده، هذا ولكن الظاهر أنّ قرار ضمان الزيادة على من نقصت في يده.

ثم إنّ الكلام في الزيادة العينية أيضاً كذلك، فلو كان المبيع غنماً مهزولاً ثم سمن، ثم هزل يكون ضمان السمن المفروض على الأول وكل من كان سميناً عنده، أو عند من تأخر عنه، وأمّا من كان حين كونه في يده مهزولاً ولم يصر بعد سميناً فلا يضمن ذلك، نعم قرار الضمان بالنسبة إلى ذلك أيضاً على من تلفت الزيادة عنده.

والحاصل: أنّ للمالك الرجوع[1] على من شاء من الأيدي بالنسبة إلى أصل القيمة، ويجوز له الرجوع على الكل بالنسبة أو بالاختلاف، وقرار الضمان على من تلفت العين في يده إذا لم يكن مغروراً، وإلا فعلى غاره.

وأما بالنسبة إلى الزيادة الفعلية أو السوقية بناءً على ضمان أعلى القيم فله الرجوع بها على من حصلت في يده، أو في يد من تأخر عنه، ولكن قرار ضمانها على من نقصت عنده.

٣٩٤ ـ قوله ﷺ: (وجهان ...الخ)[2].

أقول: أوجههما بحسب القواعد الثاني؛ لعموم دليل الاقرار الذي لا يخصصه إلا بما يكون معتبراً، ولا دليل على اعتبار الظهور المقابل فانّه ليس ظهوراً مستنداً إلى اللفظ حتى يكون من الظنون الخاصة.

ثم هذا كله بالنسبة إلى مقام المرافعة ومعاملة الحاكم الشرعي معه على فروض كون البائع مصراً على دعوى الملكية، وأنّ المدعي كاذب في دعواه، فانّ المشتري

---

(١) الصحيح ما اثبتناه، وفي الاصل «ان المالك في الرجوع».
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٤.

إذا أقرّ بكون المال للبائع يكون مقراً بأنّ المدعي يكون ظالماً له، فلا وجه لرجوعه بالثمن على البائع، وأما بالنسبة إلى تكليفه بينه وبين الله تعالى فمع علمه بكذب المدعي أو البائع فلا اشكال، وأما مع جهله بالحال، وفرض كون البائع مصراً على دعوى الملكية، واحتماله صدقه فهل له أنْ يرجع عليه بالثمن تعويلاً على حكم الحاكم بكون المال للمدعي، وكون البائع غير مالك أو لا؛ لأنّ المفروض أنّ العين كانت في يد البائع، وظاهرها الملكية، ولم يعلم خلافه، غاية الأمر حكم الحاكم بكون المال للمدعي في الظاهر فصلاً للخصومة، ولذا يجوز للمشتري بعد الشراء أنْ يحلف على كون المبيع له كما هو مقتضى خبر حفص بن غياث[1].

الحق في ذلك التفصيل بين ما لو كان الحاكم للمدعي مستنداً إلى البينة، وما لو كان من جهة نكول المدعى عليه، واليمين المردودة، فعلى الأول له الرجوع على البائع؛ لأنّ يده وإنْ كانت أمارة شرعية إلا أنّ البينة الشرعية المعتبرة عند الحاكم طريق إلى الواقع وحاكم عليها، فثبت شرعاً كون المبيع لغير البائع، وكون بيعه باطلاً.

بخلافه على الثاني فانّ حكم الحاكم حينئذٍ طريق لفصل الخصومة في الظاهر، فلا يحكم معه ببطلان البيع واقعاً، نعم يؤخذ منه المبيع في ظاهر الشرع، ولا فرق في ذلك بين أنْ يكون المدعي ترافع مع المالك أو مع المشتري، ولذا لا يكفي حكم الحاكم على واحد من المشتري والبائع بالنسبة إلى الآخر، بل لو ترافع مع أحدهما بقي الأخر على دعواه، نعم لو اثبت المدعي دعواه بالبينة لا يحتاج إلى مرافعة ثانية إلا بالنسبة إلى حق جرح الشهود.

والحاصل: أنّ المدعي للملكية يكون طرفاً لكل من البائع والمشتري، فله أنْ يرافع مع كل منهما، وإذا حكم به الحاكم في إحدى المرافعتين بمقتضى اليمين المردودة عليه يبقى مرافعته مع الأخر، وهذا نظير ما لو كانت العين مرهونة عند واحد فادعى ثالث أنّ الراهن لم يكن مالكاً ولا مأذوناً، أو كانت مستأجرة فادعى

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوى، ح ٢.

ثالث أنَّ المؤجر لم يكن مالكاً، فانَّه لو ترافع مع الراهن أو المؤجر وحكم له الحاكم ليس له أنْ يأخذ العين من المرتهن والمستأجر، بل هما على دعواهما، وإذا ترافع معهما وردَّ اليمين على المدعي فحلف وأخذ منهما العين ليس للمستأجر الرجوع على المؤجر بالاجرة بمجرد ذلك، وكذا بالنسبة إلى مقامنا إذا ردَّ المشتري اليمين على المدعي فحلف، وأخذ المبيع ليس له الرجوع على البائع بالثمن، هذا ما يقتضيه النظر عاجلاً، ولم أرَ من تعرّض للمسألة أو لنظيرها، فعليك بالمراجعة.

٣٩٥ ـ قوله ﴿ي﴾: (وفاقاً للعلامة وولده ...الخ)[١].

أقول: وللمحقق في بعض تحقيقاته، ولصاحب الكفاية على ما حكاه عنهما في الجواهر[٢] وخلافاً لما عن ظاهر المشهور، فانَّهم على ما في المسالك[٣] أطلقوا القول بعدم الرجوع مع العلم بالغصب، فيشمل كلامهم صورة البقاء أيضاً، بل عن التذكرة حكاية الاجماع عليه حيث قال (ولو كان عالماً لم يرجع بما اغترم، ولا بالثمن مطلقاً عند علمائنا)[٤]، ولكنه قال بعد ذلك (والأقوىٰ الرجوع مع بقاء العين لعدم الانتقال، بخلاف التالف فانَّه إباحة بغير عوض)، وعن تلخيص التلخيص أنَّه قال (اطلق الاصحاب كافة ذلك)[٥]، وعن الايضاح[٦] نسبة عدم الرجوع حتى في صورة البقاء إلى قول الاصحاب تارة، وإلى بعضهم[٧] أخرىٰ، وعن جامع المقاصد أنَّه قال (يمتنع استرداد العين عند الاصحاب وإنْ بقيت)[٨]، وفي الجواهر (العمدة ظهور اطباق الاصحاب الذي قد عرفت الاعتراف منهم بأنَّ معقده مطلق شامل لصورتي البقاء والتلف)[٩] هذا.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٤.
(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٥.
(٣) مسالك الافهام ٣: ١٦٠.
(٤) التذكرة ١: ٤٦٣.
(٥) حكاه عنه الجواهر ٢٢: ٣٠٥.
(٦) ايضاح الفوائد ١: ٤١٨.
(٧) وفي نسخة «ب» نصهم.
(٨) جامع المقاصد ٤: ٧١.
(٩) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٦.

والظاهر كما هو مقتضى عبارة المسالك وتخليص التلخيص والجواهر أنَّ نسبة هذا القول إلى المشهور أو المجمع عليه إنَّما هو من جهة اطلاق كلماتهم في عدم الرجوع، وإلا فلم أجد من نقل عنه الخلاف صريحاً.

ثم إنَّ الظاهر أنَّ مراد القائلين إنَّما هو عدم جواز الرجوع مع بقائه على ملك المشتري، وليس مرادهم أنَّه ينتقل إلى البائع قهراً، فهم معترفون ببقائه على ملك المشتري، والظاهر أنَّ عدم جواز الرجوع عندهم بناءً على قولهم به إنَّما هو إذا لم يكن البائع دافعاً باختياره، وإلا فلو أراد الدفع تخلّصاً عن التصرف في مال الغير فلا يظهر من كلامهم المنع من جواز أخذه، بل يمكن حمل كلامهم على صورة ادّعاء البائع صحة البيع، وكون المبيع ملكاً له، وكونه مصراً على ذلك، لا ما إذا كان معترفاً ببطلانه، وكون الثمن من مال المشتري.

وكيف كان الأقوىٰ هو الأول، بل ينبغي القطع ببطلان الثاني؛ وذلك لأنَّه إنْ أريد كون البائع مالكاً للثمن فليس هناك سبب مملك، ولا دليل على الملكية القهرية، وإنْ أريد منع الرجوع مع بقاء ملكية المشتري فهو منافٍ لعموم قاعدة السلطنة، وقياسه على المال الذي حلف عليه المنكر؛ حيث إنَّه مع كونه من مال المدعي في الواقع لا يجوز له أنْ يتصرّف فيه، ولا المقاصة من مال المنكر لا وجه له؛ إذ في المقيس عليه الحكم ثبت على خلاف القاعدة للنصوص الخاصة الناصة، نعم لو فرض وجود الدليل في المقام أيضاً كان التنظير بذلك الباب مناسباً لرفع الاستبعاد.

كما أنَّ التقريب الذي ذكره في الجواهر من أنَّ وجه المنع من الرجوع مع كونه من ماله عقوبته على ما فعله من الاقدام على شراء المغصوب، إنَّما يناسب أنْ يكون حكمة للحكم بعد فرض ثبوته، ولا يصلح أنْ يكون دليلاً كما هو واضح.

٣٩٦ ـ قولهﷺ: **(فتأمل ...الخ)**(١).

أقول: يمكن أنْ يكون إشارة إلى ما ذكرهﷺ سابقاً، من أنَّ فوات محل الاجازة إنَّما يلزم بناءً على النقل، وأما بناءً على الكشف ـ كما هو المختار ـ فلا؛ وذلك لأنَّ

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٥.

المالك المجيز إنَّما ملك الثمن من أول الأمر، فلا يمكن أنْ يملّكه البائع، فلعل القائلين بعدم جواز الرجوع إنَّما يقولون به بناءً على النقل.

ويمكن أنْ يكون إشارة إلى إمكان الالتزام بعدم صحة البيع بالاجازة حينئذٍ فيما لو كان المشتري عالماً بالغصبية، هذا مع أنَّ الاشكال إنَّما يرد فيما لو كان الثمن شخصياً، وفرض المقام أعم من ذلك ومن كونه كلياً، ولعل المشهور قائلون بعدم جواز الرجوع في الصورة الثانية فقط ، فتدبّر.

ويمكن أنْ يكون راجعاً إلى كلا الوجهين، ويكون اشارة إلى أنَّ القائل بعدم جواز الرجوع لا يقول بملكية البائع حتى يورد عليه بهذين، بل يقول بعدم الجواز مع تسليمه لكونه باقياً على ملك المشتري، فتدبّر.

٣٩٧ ـ قولهﷺ: **(وهل يجوز للبائع** ...الخ)[١].

أقول: الظاهر أنَّ القولين إنَّما هما بناءً على اختيار القول الأول، أو القول الثاني مع فرض البقاء على ملك المشتري، وإلا فبناءً على القول بملكية البائع للثمن لا وجه لعدم جواز تصرفه فيه، ولا يكون من الأكل بالباطل، وإنْ كان أصل التملّك باطلاً وحراماً، فانَّه بعد فرض الاقدام على التملك بهذا الوجه المحرم وحصول الملكية بالفرض لا يكون التصرف إلا في ماله، فتدبّر.

٣٩٨ ـ قولهﷺ: **(فالمعروف عدم** ...الخ)[٢].

أقول: حكي عن المحقق في بعض تحقيقاته الرجوع مطلقاً في صورة التلف.

٣٩٩ ـ قولهﷺ: **(توضيح ذلك** ...الخ)[٣].

أقول: لا بأس بالاشارة إلى ما عندي في المسألة على سبيل الاجمال حسبما يقتضيه الاستعجال، اعلم أنَّ عمدة الدليل على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد وغيره من موارد الضمان إنَّما هو قاعدة من أتلف في خصوص الاتلاف،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٥.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٥.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٦.

وقاعدة اليد فيه وفي التلف السماوي، وإلا فما ذكره المصنّف﵀ من قاعدتي الاقدام على الضمان، وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لا وجه لهما حسبما عرفت سابقاً.

ومن الغريب التشبث بهما مع عدم الدليل عليهما أصلاً، وأغرب من ذلك شرح عبارة القاعدة الثانية، والتكلم في ألفاظها حسبما مرّ من المصنّف﵀، مع أنّها ليست بمدلول خبر من الأخبار، لا مورداً للاجماع.

وبالجملة: فالمرجع والمدرك ليس إلا ما ذكرنا من القاعدتين، ولا اشكال في عمومهما للظالم والجاهل والمجنون والعاقل والصبي والبالغ والمأذون وغيره في الجملة، ولا بدّ في الحكم بخروج خارج من إقامة الدليل على التخصيص كما في باب الامانات، أو دعوى الانصراف من جهة من الجهات كما لا يبعد ذلك أيضاً في الامانات.

ثم اعلم أنّ من جملة ما خرج من القاعدتين، وحكم فيه بعدم الضمان ما إذا أقدم المالك على هتك حرمة ماله، وأسقط احترامه، فانّ المعروف بينهم أنّ من جملة مسقطات الضمان قاعدة اسقاط الاحترام والاقدام على عدم الضمان.

ومن مواردها: ما إذا دفع ماله إلى صبي غير مميز أو مجنون بعوض أو بغير عوض مع العلم بذلك.

ومنها: ما لو أذن في اتلافه بلا عوض، كما إذا قال «إلق هذا في البحر» وليس عليك ضمانه ونحو ذلك.

ومنها: ما لو باعه بلا ثمن أو أجره بلا أجرة ودفعه إليه أو أذن في قبضه، بل يكفي الاذن الحاصل من البيع والاجازة.

ومنها: ما لو دفعه بعوض لا مالية له عرفاً كالحشرات والديدان ونحوهما كما جعله عوضاً للحر مع العلم بذلك، وأما ما لا مالية له شرعاً له كالخمر والخنزير فلا يكون من ذلك؛ إذ لا يعد هتكاً لحرمة المال عرفاً، والمناط هو صدق الهتك العرفي، وإذا كان الشيء مما يبذل بازائه المال في نظر العرف مع قطع النظر عن

الشرع لا يصدق معه عنوان هتك الحرمة واسقاط الاحترام وإنْ كان عالماً بذلك ومعتقداً للشرع؛ فانَّه ربما يكون بانياً على العصيان.

إذا عرفت ذلك فنقول: مقتضى القاعدتين الضمان في المقام، بل في مطلق العقود الفاسدة إلا إذا صدق عنوان إسقاط الاحترام من غير فرق بين المقام وسائر العقود الفاسدة، وصدق هذا العنوان مختلف باختلافات المقامات الشخصية، فليس كل بيع غاصب مما يصدق عليه ذلك، كما أنَّه ليس كل عقد فاسد من غير هذه الجهة مما يصدق عليه عدم الاسقاط، ألا ترىٰ أنَّه لو كان الغاصب ممن تسلّط على المال؛ بحيث لا يقدر المالك على أخذه منه، وكان المشتري أيضاً ممن يثق من نفسه القدرة على منع المالك منه، وكان بانياً على ذلك، أوكان المالك ممن لا يطلع على هذا، أو مجهولاً، أو نحو ذلك مما يعدُّ الغاصب في نظر العرف ـ مع الاغماض عن الشرع ـ مالكاً للمال، لا يصدق على دفع الثمن من المشتري بازاء مثل هذا اسقاطاً لحرمة ماله، فانَّهما قاصدان للمعاوضة كما في البيوع الصحيحة.

وأما لو كان بحيث لا يوثق بعدم أخذ المالك المال من المشتري، بل كان في غرضه الاسترداد منه، فيصدق على دفعه الثمن عوضاً عنه أنَّه أسقط حرمة ماله، فالحال يختلف باختلاف المقامات، كما أنَّه في سائر البيوع الفاسدة أيضاً كذلك، فانَّه قد يكون البائع ممن لا يدفع العوض إلى المشتري مع اطلاعه على أنَّ البيع فاسد، أو يرجع عليه إذا دفعه إليه فلا يوثق بوصول المبيع إلى المشتري، أو بقائه في يده، فلو دفع الثمن مع هذا الوصف يعدُّ من المسقط لاحترام ماله، لكن الاقدام على البيع والشراء مع فرض عدم الوثوق فرض نادر في المقامين، فلا بأس باطلاق القول بأنَّ مقتضى القاعدة الضمان في المقام كما في سائر العقود الفاسدة، إلا ما أشرنا إليه من الموارد التي عرفت صدق عنوان هتك الحرمة فيها.

وبالجملة: مقتضى عموم على اليد، وعموم من أتلف الضمان، والقدر الخارج إما للاجماع أو للانصراف هو صورة القدام على هتك الحرمة، واسقاط الاحترام، والدفع المجاني، ولا يصدق هذه العناوين بعد فرض كون قصد المتعاقدين

المعاملة الحقيقية من جهة بنائهم على كون ما بأيدي السرّاق والغصّاب والظلمة من أموالهم ومعاملتهم معها معاملة الأموال، فانَّ المفروض أنَّ المشتري إنّما يدفع الثمن عوضاً عن هذا المال، لا عن رفع البائع يده عنه، فليس من قصده الاستنقاذ، بل المعاملة الحقيقية، وكذا البائع، فلا يكون هاتكاً لحرمة ماله عرفاً، ولا يصدق على ذلك التمليك أو التسليط المجاني، نعم يصدق الهتك الشرعي بعد فرض عدم امضاء الشارع، لكنه ليس بمناط كما عرفت، فانَّ المناط هو الهتك العرفي مع الاغماض عن امضاء الشارع وعدمه، كيف ؟ والهتك الشرعي متحقق في جميع المعاملات الفاسدة.

فظهر مما ذكرنا أنّه لا فرق بين المقام وسائر العقود الفاسدة، فانَّ المدار في الجميع هو صدق الهتك وعدمه، والانصاف عدمه، وليس المناط تضمين البائع وعدمه، وإلا لزم الدوران مدار مقدار التضمين، فلو ضمّنه بشيء يسير لزم القصر عليه، لا أخذ قيمة التالف كائنة ما كانت، مع أنَّ الظاهر الاجماع على ذلك، فيكشف هذا عن كون المناط شمول على اليد، وكون الخارج صورة اسقاط الاحترام، فمع صدقه لا ضمان أصلاً، ومع عدمه فمقتضى العموم وجوب الخروج عن عهدة العين باعطاء المثل أو القيمة.

وظهر مما بيّنا ما في الفرق الذي ذكره المصنِّف‌ﷺ بين المقام وسائر العقود الفاسدة من أنَّ في المقام وإنْ كان دفع المشتري الثمن إلى البائع بقصد العوض إلا أنّه جعل العوض في الحقيقة مال الغير، فلا يضمن البائع، بخلاف سائر الموارد فانَّ قصده تضمين البائع من ماله وإنْ لم يكن صحيحاً شرعاً، ففي نفسه قاصد للتضمين، ولا يكون دافعاً للمال بلا عوض من كيس البائع، بل إنّما دفعه إليه بقصد العوض، غايته أنّه لم يمضه الشارع؛ وذلك لما عرفت من أنَّ المناط صدق عنوان الهتك وعدمه، لا تضمين البائع وعدمه، فالتحقيق هو الحكم بالضمان إلا في بعض الصور النادرة.

وأما ما ذكره المصنِّف‌ﷺ في وجه العدم من فحوى أدلة الأمانات ففيه:

أولاً: أنَّ هذه الفحوى لا تبلغ حد القطع، فلا تصلح مخصصاً للعموم.

وثانياً: أنَّ الفرق موجود، فانَّ في موارد الأمانات المفروض أنَّ المالك قصد الاستيمان، والشارع قد أمضاه، بخلاف المقام، فانَّ المفروض أنَّ المالك قصد المعاوضة والشارع لم يمضه، فلا وجه لقياس الثاني على الأول، فتدبّر.

٤٠٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فلا يتحقق الضمان الحقيقي ...الخ)**[1].

أقول: قد عرفت أنَّ المناط هو صدق اسقاط الاحترام وعدمه، لا التضمين وعدمه، مع أنَّه على فرض كون الثاني هو المناط المدار فيه على حكم العرف، مع قطع النظر عن الشرع، وهو متحقق في حكمهم.

٤٠١ ـ **قوله**ﷺ: **(فاصل المعارضة حقيقة ...الخ)**[2].

أقول: فيه منع؛ فانَّ كون المعاوضة بين المالكين غير كونها للمالكين، والمسلّم إنَّما هو الثاني دون الأول، وهذا واضح.

٤٠٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وجه الفساد أنَّ ...الخ)**[3].

أقول: قد عرفت ما فيه، فانَّ فيما نحن فيه أيضاً التضمين الحقيقي العرفي حاصل بعد فرض كون المال معدوداً من جملة أموال الغاصب؛ لبنائهم على كون اليد كافية في الملكية، وإنْ كانت عدوانية، خصوصاً إذا لم يكونوا معتقدين للشرع، فعدم كونه تضميناً حقيقةً إنَّما هو بلحاظ الشرع، ومعه ففي سائر العقود الفاسدة أيضاً لا تضمين، فانَّه اعطاه عوضاً عن شيء لم يسلّم له، ودعوى كون ما نحن فيه من قبيل الدفع إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكاً كما ترىٰ.

٤٠٣ ـ **قوله**ﷺ: **(كالخمر والخنزير ...الخ)**[4].

أقول: قد عرفت أنَّ عدم الملكية شرعاً لا دخل له في صدق المجانية والهتك

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٨.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٨.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٩.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٨٩.

للحرمة، نعم يتم ذلك في مثال الحر، فانّه غير مملوك عرفاً أيضاً.

٤٠٤ ـ قولهﷺ: **(بل يراد مطلق المعاملة** ...الخ)[١].

أقول: يعني بأنْ يراد من العقد القدر المشترك بين مثل البيع والهبة إذا كانا متماثلين من حيث كونهما معاملة واقعة على المال مجاناً، فيكون المراد من العقد في قولهم «كل عقد ...الخ» أنواع أخر يكون نوعيتها من حيثية أخرىٰ غير ما هو المتعارف، فالمعاملة المالية المجانية نوع من المعاملة تكون تحتها الهبة المجانية والصلح المجاني والبيع بلا ثمن، فهي أفراد لنوع واحد بهذا المعنى، وإنْ كانت أنواعاً مختلفة بحسب المتعارف، وكذا المعاملة الواقعة على المنفعة بلا عوض نوع واحد، ويكون تحته الصلح على المنفعة والاجازة بلا أجرة، بل والعارية، وهكذا بالنسبة إلى ما كان مع العوض، فالبيع بالثمن والصلح المعاوضي والهبة المعوضة نوع واحد، كما أنّ الاجارة مع الأجرة والصلح على المنفعة بعوض أيضاً نوع آخر وهكذا.

لكنك خبير بأنّ هذا بعيد عن تلك العبارة، فانّ الظاهر منها الأنواع المتعارفة المشتملة على الصحيح والفاسد، فلا ينفع وجود فرد صحيح من نوع آخر منها، كالهبة الغير المعوضة بالنسبة إلى البيع بلا ثمن، فلا يعدان فردين فعليين للعقد المذكور في تلك العبارة، ولعله لهذا أمر بالتأمل.

٤٠٥ ـ قولهﷺ: **(وبالجملة فمستند** ...الخ)[٢].

أقول: وجه الغموض أنّ مقتضى ما ذكره أولاً وإنْ كان هو عدم الضمان إلا أنّ مقتضى اطلاق قاعدة ما يضمن الضمان، ولذا اتفقوا عليه في بعتك بلا ثمن، مع أنّه نظير المقام، بل أولى بعدم الضمان، وكذا حكم بعضهم بضمان المرتشي فانّه أيضاً أولى بالعدم من المقام.

قلت: لعمري إنّ هذا من الغرائب، فانّ القضية المذكورة ليست مدلولاً لخبر من

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.

الأخبار، ولا مورداً للاجماع حسبما ذكرنا مراراً، فمع فرض تمامية ما ذكره أولاً من وجه عدم الضمان لا يجوز العدول عنه بسبب هذا الاطلاق، لكنك عرفت أنّ التحقيق عدم تمامية ما ذكره، فلا تغفل.

٤٠٦ ـ **قوله**ﷺ: **(مع اتفاقهم عليه** ...الخ)(١).

أقول: يعني ـ مضافاً إلى أنّه لم يصرّح فيه أحد بعدم الضمان ـ اتفقوا فيه على الضمان، وكان الأنسب في العبارة أنْ يقول «بل اتفقوا عليه» أي على الضمان.

٤٠٧ ـ **قوله**ﷺ: **(نعم ذكر الشهيد** ...الخ)(٢).

أقول: هذا يكشف عن عدم تمامية القاعدة المذكورة، وعدم واقعية الاتفاق المدعى في بعتك بلا ثمن، فانّ من المعلوم عدم الفرق بينه وبين آجرتك بلا أجرة، فمن يقول بعدم الضمان في الثاني لا بدّ وأنْ يقول به في الأول أيضاً، لأنّ من المعلوم عدم ورود نص خاص فيه دونه، فتدبّر.

٤٠٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ويؤيد ما ذكرنا** ...الخ)(٣).

أقول: يعني ما ذكره من الغموض وقوة القول بالضمان، ووجه التأييد أنّ مقتضى السحتية عدم جواز التصرف فيه، ولازمه الضمان، لكنه كما ترى؛ ولذا قال (وإنْ أمكن الذب عنه ...الخ).

والانصاف أنّ التأييد المذكور لا وجه له أصلاً، فلا موقع لذكره ثم الذب عنه؛ إذ ليس له صورة ظاهرية أيضاً كما هو واضح.

٤٠٩ ـ **قوله**ﷺ: **(كأصل السحت** ...الخ)(٤).

أقول: يعني كما أنّ أصل السحت ـ وهو الكلب أو الخمر ـ يكون محرماً، ولا يجوز التصرف فيه، ومع ذلك لا يكون المتلف له ضامناً فكذا فرعه، وهو الثمن

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩١.

يمكن أنْ يكون محرم التصرف، ولا يكون مضموناً مع فرض التلف.

٤١٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فالظاهر عدم الرجوع لأنّه كالثمن** ...الخ)[1].

أقول: يعني بناءً على عدم الرجوع في الثمن المعين لا رجوع في فرد كلي أيضاً، وإلا فقد عرفت أنَّ في الثمن المعين لم يفتَ بعدم الرجوع صريحاً، بل بقي فيه على الاشكال.

تنبيه: إذا أجاز المالك البيع وقد دفع المشتري الثمن إلى البائع، فانْ أجاز القبض أيضاً فليس له الرجوع إلا على البائع، فانْ كان باقياً أخذه، وإنْ كان تالفاً أخذ عوضه، وإنْ لم يجز القبض ففي صورة كون الثمن كلياً لا إشكال في أنّه يرجع إلى المشتري بالثمن.

وأما حال المشتري في الرجوع على البائع ـ فكما مرَّ ـ في أنّه إنْ كان جاهلاً رجع عليه، وإنْ كان عالماً كان فيه وجهان، والأقوىٰ الرجوع كما في صورة الرد، وفي صورة كونه شخصياً كان المالك مخيراً في الرجوع على البائع أو المشتري لثبوت يد كل منهما على ماله، ولو رجع على المشتري فهل يرجع هو على البائع أم لا، الحكم كما مرَّ من أنّه مع الجهل يرجع، ومع العلم فيه وجهان، ويحتمل القول بالرجوع هنا وإنْ لم نقل به في صورة الرد؛ وذلك لأنّه لم يسلّطه على ماله مجاناً؛ حتى يكون مسقطاً لاحترامه، بل إنّما سلّطه على مال الغير مجاناً، فلا يكون اسقاطه الاحترام مفيداً لعدم الضمان، وحينئذٍ فمقتضى ترتب يده على يد المشتري جواز رجوعه عليه كما هو الحكم في تعاقب الأيدي، من رجوع السابق إلى اللاحق إذا رجع المالك عليه حتى يستقر الضمان على من تلف في يده، فتدبّر.

❑ المسألة الثانية: حكم ما يغرمه المشتري من غير الثمن

٤١١ ـ **قوله**ﷺ: **(إذا اغترم للمالك** ...الخ)[2].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

أقول: يظهر منه، بل من كل من عبّر بمثل هذه العبارة أنّ الرجوع في كل مورد يقال به إنّما هو بعد الاغترام، فلو أراد الرجوع على البائع قبل أنْ يغرّمه المالك ليس له ذلك.

ومنه يظهر عدم جواز رجوعه عليه إذا أبرأه المالك، أو دفع عنه متبرع كما صرّح به في الجواهر[1]، ولعله كذلك لعدم الدليل عليه؛ لأنّ الاجماع وقاعدة الغرور ونحوهما لا تشمل ذلك، نعم لو أخذ منه ثم رده عليه هبة أو صدقة أو نحو ذلك جاز له الرجوع عليه، وكذا لو حسبه خمساً أو زكاة أو صدقة أو نحو ذلك، بل وكذا لو وهبه ما في ذمته، فانّ الهبة بمعنى التمليك نوع أخذ منه، وكذا لو صالحه عما عليه بشيء قليل.

ويحتمل القول بجواز الرجوع بمجرد الضمان؛ لأنّ شغل ذمته للمالك اغترام منه وضرر عليه وغرور، وكذا الحال في سائر موارد الغرور، فانّ الظاهر عدم الرجوع إلا بعد الاغترام، ويحتمل الرجوع كما ذكرنا، هذا.

لكن يظهر من الجواهر مفروغية العدم، بل استشكل في جواز المطالبة أيضاً وإنْ لم يأخذ قال في باب العيوب من النكاح (لا يرجع المغرور بالغرامة على الغار إلا بعد أنْ يغرم؛ لأنّه إنّما يرجع بما غرمه، وكذا الضامن، نعم في القواعد[2] للمغرور مطالبة الغار ليخلص من مطالبة المرأة أو السيد، كما أنّ للضامن أنْ يطالب المضمون عنه بالتخليص، ولعله لكونه ليس رجوعاً، لكن لا يخلو من نظر لعدم دليل على استحقاق هذا المطالبة قبل الدفع)[3] انتهى، فتدبّر.

٤١٢ـ **قوله**ﷺ: **(كالنفقة وما صرفه ...الخ)**[4].

أقول: وكاجرة كتابة القبالة، وأجرة الدلال والكيّال ونحو ذلك، وأما مثل مصرف الوليمة والصدقة المستحبين في بعض المقامات ونحوهما مما ليس من لوازم

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٤.
(٢) القواعد ٢: ٣٦.
(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٣٨٥.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.

المعاملة ففي جواز الرجوع بها على البائع وجهان، من صدق كون هذا الضرر من جهة الغرور منه، ومن عدم كونها من اللوازم، فيكون مستنداً إلى تقصيره، ولذا حكي[١] عن بعض الاساطين في شرحه على القواعد[٢] عدم الرجوع فيها.

والأقوىٰ دوران الحكم مدار صدق الغرور، ولا يبعد اختلافه بحسب المقامات، وكيف كان مثل زيادة الأجرة على بعض الاعمال أو نحوها عن التعارف من باب المسامحة لا يرجع بها على البائع؛ لأنّ ذلك مستند إلى تقصيره، هذا.

وأما لو عمل بنفسه عملاً له أجرة في العادة، أو عمل له متبرع فهل يرجع بعوضه على البائع أو لا ؟ فيه وجهان، من أنّه لم يغرم شيئاً إذا عمله بنفسه؛ فليس مثل ما لو أعطى الأجرة عليه، ومن أنّ عمله محترم وله أجرة، فقد خسر فيه من جهة تغرير البائع، وهذا هو الأقوىٰ، فتدبّر.

٤١٣ ـ قولهﷺ: (إنْ كان عالماً فلا رجوع ...الخ)[٣].

أقول: وذلك لعدم الغرور حينئذٍ، لكن ينبغي أنْ يستثنىٰ من ذلك ما لو كان البائع مدعياً للاذن من قبل المالك، ثم تبيّن خلافه أو أنكره هو، وكذا لو شرط عليه الخروج من عهدة الغرامات على فرض عدم إجازة المالك؛ لصَدق الغرور حينئذٍ، فتأمل.

٤١٤ ـ قولهﷺ: (للغرر فانّ البائع ...الخ)[٤].

أقول: اعلم أنّ رجوع المغرور على الغار من القواعد المسلمة بينهم، ويمكن دعوى الاجماع عليها، بل ربما ينسب إلى النبيﷺ (المغرور يرجع إلى من غرّه)[٥] كما حكي عن المحقق الثاني في حاشية الارشاد، ويمكن دعوى انجبار ضعفها بالشهرة، فانّ هذه القضية بهذا اللفظ متداول في ألسنتهم.

---

(١) حكاه الجواهر ٢٢: ٣٠٤.
(٢) شرح القواعد ١٧٥.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٣.
(٤) كتاب المكاسب ٢: ٤٩٤.
(٥) لم اجدها في المصادر الحديثية.

ويمكن أنْ يستدل على القاعدة ـ مضافاً إلى ذلك ـ بالأخبار المتفرقة في الأبواب:

منها: ما ورد في ضمان شاهد الزور[١]، وإنْ كان سيأتي[٢] ما فيه.

ومنها: رواية جميل[٣] المذكورة في المتن.

ومنها: صحيح الحلبي عن الصادقعليه السلام (في الرجل يتزوج إلى قوم، فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له ؟ قال: لا ترد إنّما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل. قلت: أرايت إنْ كان دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قالعليه السلام: لها المهر بما استحل من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها)[٤].

ومنها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفرعليه السلام (أنّه قال: في كتاب عليعليه السلام من زوّج امرأة فيها عيب دلسه ولم يبيّن ذلك لزوجها فانّه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، ويكون الذي ساق إليها الرجل على الذي زوجها ولم يبين)[٥].

ومنها: خبر الوليد بن صبيح عن أبي عبداللهعليه السلام (في رجل تزوّج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها ...إلى أنْ قالعليه السلام: وإنْ كان زوّجها إيّاه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر قيمتها ...الحديث)[٦].

ومنها: خبر اسماعيل بن جابر (سألت أبا عبداللهعليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال زوجني ابنتك، فزوّجه غيرها، فولدت منه فعلم بعد ذلك أنّها غير ابنته، وأنّها أمته ؟ فقالعليه السلام: ترد الوليدة على مواليها، والولد للرجل وعلى الذي زوّجه قيمة الولد يعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه)[٧].

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٠، ١١، ١٢ من ابواب الشهادات.
(٢) تعليقة ٤٣٦.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الشهادات، ح ٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب العيوب والتدليس، ح ٦.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب العيوب والتدليس، ح ٧.
(٦) وسائل الشيعة، باب ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ١.
(٧) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب العيوب والتدليس، ح ١.

ومنها: خبره الآخر عنه أيضاً (قلت: جاء رجل إلى قوم يخطب إليهم أنْ يزوجوه من أنفسهم فزوجوه وهو يرى أنّها من أنفسهم، فعرف بعد ما أولدها أنّها أمة ؟ قال: الولد له وهم ضامنون لقيمة الولد لمولى الجارية)(١)، والظاهر أنّ المراد أنّ قرار الضمان عليهم، وإلا فللمولى أنْ يرجع عليه أولاً، فيرجع هو إلى القوم.

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفرعليه السلام (سألته عن رجل خطب إلى الرجل ابنة له من مهيرة، فلما كانت ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه ابنة له أخرى من أمة ؟ قالعليه السلام: ترد على أبيها، وترد إليه امرأته، ويكون مهرها على أبيها)(٢)، والمراد منها أيضاً كون قرار المهر على أبيها.

ومنها: خبر رفاعة (قضى أمير المؤمنينعليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أنّ لها المهر بما استحل من فرجها، وأنّ المهر على الذي زوّجها، وإنّما صار المهر عليه لأنّه دلسها)(٣)، ويستفاد من التعليل فيها عموم الحكم، بل يمكن أنْ يستفاد العلّية من خبر اسماعيل المتقدم أيضاً، في قوله (كما غرّ الرجل وخدعه)، إلى غير ذلك من الأخبار المتفرقة.

وبالجملة: قاعدة الغرور من القواعد المحكمة المجمع عليها، ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالماً أو جاهلاً، وما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع جهل الغار كما ترىٰ.

٤١٥ ـ قولهقدس سره**: (وعلى التقديرين يثبت المطلوب ...الخ)**(٤).

اقول: إذ على الأول يكون الدلالة بالفحوى، وعلى الثاني يكون مما نحن فيه، ووجه كونه على الأول بالفحوى أنّه إذا كان الحكم جواز الرجوع فيما قابله نفع ـ وهو المسألة الثانية ـ ففيما نحن فيه مما ليس في مقابله نفع يجوز الرجوع بالأولى.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٦٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ح ٧.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب العيوب والتدليس، ح ١، ٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب العيوب والتدليس، ح ٢.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٥.

٤١٦ ـ **قوله**ﷺ: **(وأما السكوت عن رجوع** ...الخ)[١].

أقول: إشارة إلى الجواب عما ذكره صاحب الحدائق، فانَّه اختار في المقام عدم الرجوع، وقال ما حاصله (أنَّ رجوع المشتري على البائع إنَّما يكون في الثمن خاصة، وأما ما اغترمه في مقابل استيفاء المنافع أو غيره فلا يرجع، لأنَّ رواية زريق ـ مع كونها في مقام البيان ـ ساكتة عن ذلك، ومقتضى الأصول عدم الرجوع)[٢].

وحاصل الجواب أولاً: أنّا نمنع كون الرواية في مقام بيان حكم المشتري مع البائع، وإنَّما هي في مقام بيان حكمه مع المالك.

وثانياً: على فرض التسليم غايته أنَّ السكوت في مقام البيان دليل على العدم؛ حيث لا دليل، لا أنْ يكون معارضاً للدليل، والمفروض أنَّ الدليل على الرجوع موجود، وهو ما قدّمناه من الاجماع وقاعدتي الضرر والغرور، ورواية جميل، هذا بالنسبة إلى رواية زريق، وأما رواية زرارة فمضافاً إلى ذلك يمكن أنْ يكون وجه السكوت فيها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع لعدم معرفته.

٤١٧ ـ **قوله**ﷺ: **(تصنع أنْ ترجع** ...الخ)[٣].

أقول: «أنْ» في موضع نصب على المفعولية بعد تأويله إلى المصدر.

٤١٨ ـ **قوله**ﷺ: **(فانْ لم يفعل كان له ذلك** ...الخ)[٤].

أقول: ظاهره وإنْ كانت ثبوت الخيار للمالك بين الأمرين من الصبر وأخذ الاجرة أو التملّك واعطاء القيمة، وأنَّه ليس للزارع قلع زرعه، إلا أنَّ المراد ذلك مع فرض رضا الزارع بذلك ؛ ولذا قال في الفقرة اللاحقة، أو يكون ذلك المحدث (نفسه يقلعه ويأخذه)، فعلى هذا يكون الحاصل أنَّ للزارع القلع أو الصبر إنْ رضي المالك، أو أخذ القيمة منه إنْ رضي بها، وليس له اجباره على أحد الأخيرين، كما أنَّ للمالك أيضاً الصبر أو اعطاء القيمة مع فرض رضا الغاصب، وإلا فليس له إلا

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٥.
(٢) الحدائق الناضرة ١٨: ٣٩٣، ليس هذا نقل بالنص، وانما هو بالمعنى.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٦.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٦.

الالزام بالقلع، فلا يكون الرواية من هذه الجهة مخالفة للقواعد، فانَّ مقتضاها في مثل المقام تسلّط كل من المالكين على ماله، فللزارع القلع وإنْ لم يرضَ المالك، كما أنَّ له أيضاً الأمر بالازالة تخليصاً، وليس لأحدهما اجبار الآخر على الصبر أو القيمة، بل إنَّما هما موقوفان على تراضيهما، نعم على الزارع أرش نقص الأرض إنْ حصل ذلك بسبب القلع، كما أنَّ على المالك أرش نقص الزرع فيما لو كان ذلك باذنه، كما في العارية، وإلا فلا، كما في المقام وباب الغصب.

ويدل على ما ذكرنا ـ مضافاً إلى أنَّه مقتضى القاعدة ـ خبر عقبة بن خالد قال: (سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه حتى بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير اذني فرزعك لي وعليَّ ما أنفقت، أله ذلك؟ فقال عليه السلام: للزارع زرعه، ولصاحب الأرض كري زرعه)[١].

وخبر عبدالعزيز بن محمد قال: (سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول من خدَّ أرضاً بغير حقها أو بنى فيها قال عليه السلام: يرفع بناءه ويسلم التربة إلى صاحبها، وليس لعرق ظالم حق، ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله من خدَّ أرضاً بغير حقها كلف أنْ يحمل ترابها إلى المحشر)[٢]، ويستفاد منه أنَّ في صورة الغصب يجوز للمالك أيضاً مباشرة القلع، كما يجوز له إلزام الغاصب بذلك، هذا.

ولكن يظهر من بعض الأخبار جواز تملّك المالك للزرع واعطاء القيمة، كموثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل اكترى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغيرها ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك ؟ فقال عليه السلام: عليه الكرى، ويقوّم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل فيعطيه الغارس، وإنْ كان استأمره فعليه الكرى، وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب حيث شاء)[٣].

لكن لا عامل بها، مع أنَّ نسختها مختلفة، ففي التهذيب والفقيه هكذا (فيعطيه

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٣ من ابواب الاجارة، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٣٣ من ابواب الاجارة، ح ٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٣٣ من ابواب الاجارة، ح ١.

الغارس إنْ كان استأمره في ذلك، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء، وله الغرس والزرع ...الخ)[1]، نعم حكي عن ابن الجنيد العمل بها، وهو شاذ.

وأما النبوي (من زرع أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته)، فليس من طرقنا، بل هو عامي ضعيف، وكيف كان فتمام الكلام في محل آخر، والغرض أنَّ ظاهر الرواية ليس مخالفاً للقواعد، فتدبّر.

٤١٩ ـ **قوله**ﷺ: **(كل ذلك مردود إليه** ...الخ)[2].

أقول: هذا إذا كان شيئاً موجوداً، أو كان المشتري جاهلاً ببطلان البيع، وإلا فمع فرض علمه بكون الأرض للغير لا يستحق عوض ما خرج منه في اصلاح المعيشة مما ليس إلا من قبيل زيادة الأوصاف، فانَّهم ذكروا في باب الغصب أنَّه لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب كتعليم الصنعة وخياطة الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام ردَّه، ولا شيء له؛ لعدم احترام عمله.

٤٢٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فالظاهر علم المشتري** ...الخ)[3].

أقول: وهذا محل منع، كيف وإلا لم يكن وجه لرجوعه على المالك بعوض ما خرج منه في اصلاح المعيشة كما أشرنا إليه آنفاً، ولم يكن له قيمة الغرس والزرع، بل كان للمالك إزالتهما بلا عوض؛ لأنَّه ليس لعرق ظالم حق، فتدبّر.

٤٢١ ـ **قوله**ﷺ: **(في مقابل النفع الواصل** ...الخ)[4].

أقول: ظاهره أنَّ ما فات تحت يده من المنافع من جهة مسامحته وتقصيره داخل تحت ما سبق، مما ليس في مقابله نفع، فالمناط الاستيفاء وعدمه، وقد صرّح بذلك في المسالك[5] على ما حكي عنه في باب الغصب.

---

(١) الفقيه ٣: ٢٤٦، التهذيب ٧: ٢٠٦، رواية ٥٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٧.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٨.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٨.

(٥) مسالك الافهام ١٢: ٢٢٦.

٤٢٢ ـ قوله﵀: (وفاقاً للمحكي عن المبسوط ...الخ)[١].

أقول: وحكي[٢] القول الآخر عن الخلاف وموضع من المبسوط والسرائر وكشف الرموز، وهو الظاهر من الرياض[٣]، ومال إليه في الجواهر[٤] في باب الغصب، وأنّ ظاهره في المقام[٥] هو القول الأول، وقد عرفت أنّ مختار صاحب الحدائق[٦] عدم الرجوع في المسألة السابقة فهنا بالأولى، بل هو صريح كلامه هنا، وفصّل صاحب المستند بين صورة كون البائع عالماً بأنّه ملك الغير فيرجع، وبين صورة جهله فلا يرجع، مع أنّه في المسألة السابقة حكم بالرجوع مطلقاً، ونظره في ذلك إلى عدم صدق الغرور إلا مع علم البائع، فمقتضى الأصل عدم الرجوع في صورة الجهل، وإنّما قال به مطلقاً في السابقة من جهة اطلاق موثقة جميل، وظاهر الاجماع قال: (ولولاهما لما قلنا هناك إلا في صورة العلم وعدم القول بالفصل بين الصورتين غير معلوم)[٧].

ثم لا يخفىٰ أنّ مقتضى القاعدة جواز رجوع المالك إلى كل من البائع والمشتري لثبوت يد كل منهما على العين، ولازمه ذلك، بل لو لم يكن العين في يد البائع وإنّما باعه بعنوان أنّه له وأذن للمشتري في أخذه والتصرّف فيه كان للمالك الرجوع على كل منهما، أما المشتري فلثبوت يده، وأما البائع فلتسببه لذلك.

والحاصل: أنّ للمالك الخيار في الرجوع إلى أيّهما شاء، وإنّما الخلاف في أنّ قرار الضمان بالنسبة إلى ما حصل في مقابله نفع للمشتري على البائع أو عليه ؟ فلازم القول الأول أنّه لو رجع المالك إلى البائع لم يرجع إلى المشتري، ولو رجع

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٨.
(٢) حكاه مفتاح الكرامة ٤: ١٩٩، و ٦: ٣٠١.
(٣) الرياض ٥: ٦٨.
(٤) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.
(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٤.
(٦) الحدائق الناضرة ١٨: ٣٩٣.
(٧) مستند الشيعة ١٤: ٢٩٦، ليس هذا نص عبارته.

إلى المشتري رجع إلى البائع، ومقتضى القول الثاني العكس.

وعلى هذا فهنا قول آخر في المسألة، وهو ما نقله في الشرائع في باب الغصب من أنّ المالك لا يرجع إلا إلى البائع؛ حيث قال (وأما ما حصل للمشتري في مقابلته نفع كسكنى الدار وثمرة الشجرة والصوف واللبن فقد قيل يضمنه الغاصب لا غير؛ لأنّه سبب الاتلاف، ومباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة؛ فيكون السبب أقوى، كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك، وقيل له إلزام أيهما شاء، أما الغاصب فللحيلولة، وأما المشتري فلمباشرة الاتلاف، فانْ رجع على الغاصب رجع على المشتري لاستقرار التلف في يده، وإنْ رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب)[1] انتهىٰ.

وكيف كان فالأقوى هو القول الأول؛ لقاعدة الغرور التي عرفت أنها من القواعد المسلمة المجمع عليها المستفادة من الأخبار المتفرقة حسبما بيّنا.

ودعوى ابتنائها على الضرر ممنوعة، فانّ في موارد جملة من الأخبار وصل إلى المغرور نفع، كما أنّ في بعض مواردها المجمع عليها يكون الحال كذلك، كمسألة من قدّم طعام المالك أو غيره إليه فأكله، وعلى فرض الابتناء فالضرر متحقق في المقام حسبما بيّنه المصنّف﷿.

ومن هنا يمكن التمسك بقاعدة الضرر مستقلاً أيضاً، كما أنّه يمكن التمسك بقاعدة التسبيب، لا بمعنى قوة السبب بالنسبة إلى المباشر، بل بمعنى أنّ سبب غرامة المشتري وضمانه كان هو البائع، وهذا هو الوجه في كون قرار ضمان المُكْرَه على المُكْرِه، لا ما ذكره الأصحاب كما سيأتي الاشارة إليه، هذا مضافاً إلى رواية جميل على ما أشار إليه المصنّف﷿، فانّ الانصاف أنّ كون الولد حراً منفعة حاصلة للمشتري، فلا ينبغي الاشكال في الرجوع.

ودعوى عدم صدق الغرور في المقام كلياً ـ كما سيأتي[2] نقله عن الجواهر، أو

---

(١) شرائع الاسلام ٤: ٧٧٢.
(٢) تعليقة ٤٣٣.

في خصوص ما لو كان البائع جاهلاً كما عرفت من صاحب المستند ـ كما ترى، وعلى فرضه قد عرفت عدم انحصار الدليل في هذه القاعدة، فلا اشكال في أنَّ مقتضى التحقيق هو القول الأول.

٤٢٣ ـ قوله ﴿ره﴾: (ويؤيده قاعدة ...الخ)[1].

أقول: كان الأولى أنْ يقول «ويدل عليه»؛ وذلك لأنَّه بعد صدق الضرر لا مانع من التمسك بقاعدته، ولو نوقش في صدقه لا وجه لجعلها مؤيدة أيضاً، والمفروض أنَّ المصنّف بانٍ على صدقه فلا وجه للتعبير المذكور، فتدبّر.

٤٢٤ ـ قوله ﴿ره﴾: (فما في الرياض ...الخ)[2].

أقول: قال فيها (والقول بعدم الرجوع أوفق بالأصل مع عدم معلومية صلوح المعارض للمعارضة، بناءً على عدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغار بمجرد الغرور، وإنْ لم يلحقه ضرر كما في ما نحن فيه بمقتضى الفرض؛ لاستيفائه النفقة في مقابلة ما غرمه، والاجماع على هذه الكلية غير ثابت حتى يشمل مفروض المسألة، نعم ربما يتوجه الرجوع حيث يتصور له الضرر بالغرور، كما أخذت منه قيمة المنافع أزيد مما يبذله هو في مقابلها من غير ملكه)[3] انتهىٰ.

٤٢٥ ـ قوله ﴿ره﴾: (مضافاً إلى ما قيل عليه ...الخ)[4].

أقول: القائل صاحب الجواهر حيث إنَّه بعد ما نقل عبارة الرياض في كتاب الغصب قال (وإنْ كان ما ذكره لا يخلو من نظر؛ ضرورة عدم مدخلية التضمين بقاعدة الغرور في حصول الضرر وعدمه، بل هو من باب قوة السبب على غيره ولو المباشر)[5] انتهىٰ.

هذا، ولكنه قال في موضع آخر في مقام البحث عن ضمان المكره وعدمه (بل

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٩.

(٣) الرياض ٢: ٣٠٧، الحجرية.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٩.

(٥) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.

قد يقال إنّ القاعدة تقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكره والمغرور، وإنْ أثم المكره والغار؛ لاستقلال المباشر بالاتلاف، ولكن ضمنا للدليل، لا لقوة السبب على المباشر المخصوصة بما إذا كان الاسناد حقيقية للسبب دون المباشر الذي هو المكره كالريح والشمس، بل قد يقال بشمول قوله (كل مغصوب مردود)[1] له، وإنْ كان مكرهاً على تناول المغصوب والتصرف فيه)[2] انتهىٰ.

ويظهر من هذا الكلام اعترافه بما أورد عليه المصنّفﷺ في قوله (وأمّا قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلاً ...الخ) ولولا هذا الاعتراف منهﷺ لحملت كلامه على إرادة أنّ قوة السبب اقتضت كون قرار الضمان عليه من جهة أنّه هو السبب في تغريم المباشر؛ ليرجع إلى ما ذكرنا وسيذكره المصنّفﷺ، من أنّ الغار لما كان هو السبب في ضمان المغرور كان له الرجوع عليه، وحينئذٍ كان يندفع عنه إيراد المصنّفﷺ، لكنه بعد اعترافه بخلاف ذلك لا وجه لحمل كلامه عليه.

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت من عدم ابتناء قاعدة الغرور على قوة السبب، كما أنّها غير مبتنية على الضرر، فتدبّر.

٤٢٦ ـ قولهﷺ: (لكنه لا يخلو من نظر ...إلى قوله فلا بدَّ من الرجوع بالاخرة ...الخ)[3].

أقول: ولا يخفىٰ ما فيه من عدم حسن البيان، فانّه إذا ناقش في دليل الغرور باختصاص الاجماع والأخبار بصورة الضرر المفروض عدمه في المقام؛ حيث إنّ الكلام مع قطع النظر عن صدقه فانّه يتكلم على قوله (مضافاً إلى ما قيل عليه ...الخ)، وناقش أيضاً في دليلية قوة السبب على المباشر كيف يسوغ له أنْ يتمسك بعد ذلك بالاجماع المدعى في الايضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى، بالأخبار

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الغصب، ح ٣، وفيه (الغصب كله مردود).
(٢) جواهر الكلام ٣٧: ٥٨.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٤٩٩.

الواردة في الموارد المتفرقة، بل وبقاعدة الضرر، فتدبّر.

٤٢٧ ـ **قوله**ﷺ: **(كما في المكره ...الخ)**[١].

أقول: ظاهر الاصحاب وإنْ كان ما ذكره المصنّفﷺ من عدم الرجوع على المكرَه ـ بالفتح ـ أصلاً، إلا أنّ التحقيق خلافه، وأنّ حاله حال المغرور في تخيير المالك في الرجوع إلى أيّهما شاء، غايته كون قرار الضمان على المكره؛ إذ لا فرق بينهما أصلاً، ودليل الضمان ـ وهو اليد والاتلاف ـ لا مانع من اجرائه بالنسبة إلى المباشر أيضاً.

وأما وجه كون القرار على المكره فلأنّه السبب في ضمان المكره كما أشرنا إليه آنفاً، وأما ما ذكره وجهاً لفتوى المشهور من أنّ المباشر بمنزلة الآلة فهو كما ترى، وإلا ففي المغرور أيضاً كذلك، وكذا الوجه الآخر من أنّ الأخذ ظاهر في الأخذ الاختياري، إذ فيه أولاً المنع، وثانياً أنّ الدليل غير منحصر في قاعدة اليد، بل قاعدة الاتلاف أيضاً جارية، وهي شاملة لجميع الأقسام حتى الاتلاف حال الغفلة والنوم ونحوهما.

وأضعف من الوجهين التمسك بحديث الرفع، بدعوى أنّه كما يرفع الحكم التكليفي يرفع الوضعي؛ لأنّ لازمه كونه كذلك بالنسبة إلى الخطأ والنسيان أيضاً، ولا يقولون به، ودعوى خروجهما بالدليل كما ترىٰ.

فالتحقيق ما ذكرنا من شمول دليل الضمان لكل من السبب والمباشر، إلا أنّ الأول لما كان سبباً لضمان الثاني كان له الرجوع عليه لقاعدة التسبيب المستفادة من قاعدة الضرر، هذا.

واختار صاحب الجواهر أيضاً ما ذكرنا من التخيير، وكون القرار على المكره، وحاصل ما يظهر منه في وجهه هو أنّ مقتضى القاعدة اختصاص الضمان بالمباشر، إلا أنّ مقتضى حديث الرفع عدم ضمانه؛ لأنّه شامل للحكم التكليفي والوضعي، ولازم ذلك جواز رجوعه على السبب، فيكون المكرِه ـ بالكسر ـ بعد

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٠.

ذلك بمنزلة من تلف المال في يده في الأيادي المتعاقبة، ولعل المفروض في كلامه ما لو أمر بالاتلاف من دون أنْ يثبت يده على المال، وإلا فلو كان المال تحت يده وأكره غيره على أخذه واتلافه لا وجه لدعوى كون مقتضى القاعدة اختصاص الضمان بالمباشر؛ لأنَّ يد ذي السبب أيضاً سبب لضمانه.

وكيف كان لا يخفىٰ ما فيه، فانَّ حديث الرفع إنْ اقتضى رفع الحكم الوضعي أيضاً كان لازمه عدم جواز الرجوع على المباشر أصلاً، لا أنْ يكون ضامناً، ويكون القرار على المُكْرِه، بل لازم بيانه عدم ضمان واحد منهما، أما المُكْرَه فلحديث الرفع، وأما المُكْرِه فلعدم المقتضي.

بقي شيء: وهو أنَّ الظاهر أنَّ ما ذكره المشهور من عدم الرجوع إلا على المكرِه ـ بالكسر ـ مختص بما لم يكن المال تحت يد المباشر على وجه الضمان سابقاً على الاكراه، وإلا فغاية الأمر عدم الضمان من حيث الاكراه، لكن يبقى ضمان اليد السابقة، نعم القرار على المكره في هذه الصورة أيضاً.

٤٢٨ ـ **قوله**ﷺ: **(مورد الاخبار ...الخ)**[١].

أقول: كرواية جميل عن الصادقعليه السلام في شاهد الزور قال: (إنْ كان الشيء قائماً بعينه ردَّ على صاحبه، وإنْ لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل)[٢].

ومرسله عن أحدهماعليهما السلام في الشهود إذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضي على الرجل (ضمنوا ماشهدوا به وغرموه ...الحديث)[٣].

وحسن محمد بن قيس عن الباقرعليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنينعليه السلام في رجل شهد عليه رجلان أنَّه سرق فقطع يده؛ حتى إذا كان بعد ذلك جاء شاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق وليس الذي قطعت يده، إنَّما اشتبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أنْ غرّمهما نصف الدية، ولم يجز شهادتهما على الآخر)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الشهادات، ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب الشهادات، ح ١.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب الشهادات، ح ١.

ومرسل ابن محبوب عن الصادقعليه السلام (في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، ثم رجع أحدهما بعد ما قتل الرجل ؟ فقالعليه السلام: إنْ قال الراجع أوهمت ضرب الحد واغرم الدية، وإنْ قال تعمّدت قُتِلَ)[1] إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة، هذا.

ولكن لا يخفىٰ أنَّ هذه الأخبار إنَّما تكون دليلاً على ضمان السبب من جهة كونه سبباً، لا على ضمان المغرور ورجوعه على الغار كما هو المدعى، فتدبّر.

٤٢٩ ـ قوله‌رحمه الله: (كما في كلام بعض ...الخ)[2].

أقول: هو صاحب الجواهر في كتاب الغصب، لكنه أمر بعد ذلك بالتأمل؛ حيث قال بعد العبارة التي نقلناها عنه في الرد على سيد الرياض (نعم إنَّما المتجه ما ذكرناه من منع تحقق الغرور الذي يترتب عليه الضمان، إذ المسلم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداءً، كالاباحة والهبة والعارية ونحوها، بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكاً الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصاً مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل)[3] انتهىٰ.

٤٣٠ ـ قوله‌رحمه الله: (وهو الذي ذكره المحقق ...الخ)[4].

أقول: قال (وما يغرمه المشتري مما لم يحصل له في مقابلته نفع كالنفقة والعمارة فله الرجوع به على البائع، ولو أولدها المشتري كان حراً، فيلزم قيمة الولد، ويرجع بها على البائع، وقيل في هذه له مطالبة أيّهما شاء، لكن لو طالب المشتري رجع على البائع، ولو طالب البائع لم يرجع على المشتري، وفيه احتمال آخر)[5] انتهىٰ.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الشهادات، ح ١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠١.
(٣) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٣.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥٠١.
(٥) شرائع الاسلام ٤: ٧٧١.

ويظهر من صاحب المسالك[١] أنَّ مراده من هذا الاحتمال إلحاق عوض الولد بما حصل له نفع في مقابلته؛ لأنَّ حرية الولد منفعة عائدة إليه عرفاً، وفي الجواهر (ويمكن أنْ يريد به احتمال عدم التخيير، بل يتعين رجوع المالك ابتداءً على البائع بناء على كونه الغار، كما فيمن قدّم إلى غيره طعام الغير وأكله)[٢].

ولعل المصنّف‏ أشار بقوله (وفيه تأمل) إلى هذا الذي ذكره صاحب الجواهر؛ إذ يخرج كلام المحقق عن كونه شاهداً على كون حرية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، ويمكن أنْ يكون مراد المصنّف‏ التأمل في أصل المدعى من كونها منفعة، لا في شهادة كلام المحقق‏، فتدبّر.

٤٣١ ـ **قوله‏: (فانّه لا يرجع بعشر الثمن ...الخ)**[٣].

أقول: يعني بمقدار ما يقابل الثمن، وأما أصل الثمن فقد مرَّ حكمه، وأنَّه يرجع به عليه إذا دفعه إليه وكان جاهلاً مطلقاً، ومع البقاء لو كان عالماً.

والحاصل: أنَّ نفس الثمن له[٤] ينتقل إلى البائع، بل هو باقٍ على ملك المشتري، فلو لم يدفعه لا يجب دفعه، ولو دفعه له استرداده إذا كان باقياً، واسترداد عوضه إذا كان تالفاً مع جهل المشتري؛ فليس الكلام في ذلك، وإنَّما الكلام في أنَّه إذا اغترم المشتري للمالك بقيمة ماله الذي هو المبيع فهل له الرجوع بها على البائع؛ لأنَّ هذه الغرامة إنَّما جاءت من قبل تغريره، أو لا يرجع بها؛ لأنَّه أقدم على ضمانها، أو يفصّل بين المقدار المقابل للثمن فلا يرجع به، وبين ما زاد عليه فيرجع به، والمصنّف اختاره هذا الوجه، وأبطل الوجهين الأولين.

أما الأول فبقوله (وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أنْ يغرّه في ذلك ...الخ).

وأما الثاني فبقوله (وأما العشرة الزائدة ...الخ).

وما ذكره هو الأقوى، إذ غاية ما يمكن أنْ يقال به في بيان الوجه الأول هو أنَّ

---

(١) مسالك الافهام ١٢: ٢٢٦.

(٢) جواهر الكلام ٣٧: ١٨٢.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٢.

(٤) هكذا في الاصل، والظاهر أنها «لا».

نفس الثمن قد عرفت أنّه ليس محل الكلام، وأما غرامة المشتري للقيمة الواقعية فقد جاءت بسبب البائع؛ فيكون كما لو قدّم طعام الغير إليه فأكله، فانّه وإنْ انتفع بأكل الطعام، إلا أنّه إذا رجع مالكه عليه وأخذ منه عوضه له أنْ يرجع به على الغار، ففي المقام أيضاً هو مغرور من قبل البائع، فله الرجوع عليه في تمام القيمة.

وغاية ما يمكن أنْ يقال في بيان الوجه الثاني هو أنَّ المشتري قد أقدم على ضمان المبيع، فانَّ المفروض أنّه أخذه بعوض، لا مجاناً، ومع اقدامه عليه لا يكون مغروراً في هذا الضمان، وهذه الغرامة، ففرق بينه وبين مسألة من قدّم إليه طعام الغير.

والجواب: أنّه إنّما قدم على ضمانه بمقدار ما سمى من الثمن، ففي مقداره مقدم غير مغرور، وفي الزائد عليه مغرور؛ لأنّه غير مقدم، هذا.

ولكن الوجه الأول لا يخلو عن قوة؛ لأنّه لم يقدم على هذه الغرامة، وإنّما أقدم على دفع الثمن، والمفروض عدم امضاء الشارع له، فتأمل.

٤٣٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ومما ذكرنا يظهر اندفاع ...الخ)**[1].

أقول: حاصل الاشكال أنَّ الموجب للضمان في سائر العقود الفاسدة إنّما هو الاقدام عليه في مقابل المجانية، فاذا أقدم على الضمان في الجملة يكون ضامناً للقيمة الواقعية بالغة ما بلغت، وهو حاصل في المقام، فينبغي أنْ يكون ضامناً لتمام القيمة، ولا يكون مع ذلك مغروراً فيها.

وبتقرير آخر: إنْ كان مقدماً للضمان فلا غرور، وإلا فلا وجه لأصل الضمان.

وحاصل توضيح الاندفاع أنّا نقول:

أولاً: أنَّ الاقدام الموجب للضمان غير ما هو رافع للغرور، فانَّ في الأول يكفي الاقدام المقابل للمجانية، فانّه إذا أقدم على الأخذ بعوض لا مجاناً يكون بحكم الشارع ضامناً لتمام القيمة الواقعية، وإن لم يكن مقدماً عليها بتمامها، فهذا المقدار كافٍ في سببية القبض لضمان التمام، وهذا بخلاف الاقدام الرافع للغرور المانع

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٢.

من صدقه، فانّه بمقدار المقدم عليه، ولا يكفي فيه الاقدام على الضمان في الجملة.

وحينئذٍ فنقول: إنّ الاقدام في المقام وإنْ كان بمقدار الثمن إلا أنّه سبب شرعي لضمان تمام القيمة، لكن مانعيته عن صدق الغرور إنّما هو بهذا المقدار، لا أزيد.

ومن ذلك يظهر الفرق بين المقام وسائر العقود الفاسدة، فانّ سبب الضمان فيها حاصل، وهو الاقدام في الجملة، وليس هناك غرور من قبل أحد أصلاً، بخلاف المقام.

وثانياً: أنّ التحقيق أنّ سبب الضمان هو اليد، لا الاقدام حتى يقال إنّ لازمه هو الضمان بتمام القيمة كما في سائر العقود الفاسدة، وحينئذٍ نقول إنّ اليد في المقام موجبٌ لضمان المشتري بتمام القيمة، إلا أنّه لمكان غروره بالنسبة إلى ما زاد عن الثمن يرجع به على البائع.

قلت: لا يخفى أنّه لا وقع للاشكال أصلاً؛ وذلك لأنّ في المقام الضمان لتمام القيمة الواقعية ثابت بالنسبة إلى المالك من جهة ثبوت اليد على ماله، والاقدام وعدمه لا دخل لهما في ضمانه بالنسبة إليه، وإنّما ينفع ذلك أو يضر بالنسبة إلى البائع، وإلا فبالنسبة إلى المالك لا يكون وجه الضمان اقدام المشتري على الضمان، ولو قلنا بأنّه سبب في سائر العقود الفاسدة؛ وذلك لأنّه لو فرض كون الأخذ مجاناً أيضاً يكون الآخذ ضامناً قطعاً، فكان ينبغي تقرير الاشكال بوجه آخر، وهو أنّه كيف يصدق الغرور مع أنّ المفروض أنّ المشتري مقدم على الضمان.

ويكون الجواب حينئذٍ أنّه مغرور في المقدار الزائد على المقدم عليه.

نعم يبقى هنا سؤال على أي حال، وهو أنّه إذا كان المدار على المقدار المقدم عليه فاللازم الحكم في سائر العقود الفاسدة أيضاً بعدم الضمان بتمام القيمة الواقعية مطلقاً، بل بمقدار الثمن فقط، لكن في صورة جهل المشتري بالفساد؛ وذلك لأنّ غروره من قبل البائع إذا كان سبباً لرجوعه عليه في مثل المقام الذي ضمنه المالك، فاللازم عدم رجوع البائع عليه إذا كان هو المالك، مع أنّهم يقولون

إنّه ضامن لتمام القيمة الواقعية للبائع فيها.

والتحقيق: الالتزام بذلك، والحكم بأنّ البائع لا يرجع عليه في سائر العقود الفاسدة إذا كان جاهلاً إلا بمقدار الثمن من القيمة، فتدبّر.

٤٣٣ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد ذكرنا في محله ...الخ)**(١).

أقول: أشار بذلك إلى ما ذكره في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، من أنّ من جعل قاعدة الاقدام دليلاً على الضمان يحتمل أنْ يكون مراده أنّ الدليل هو اليد، وأنّه لا مانع من تأثيرها من الاقدام على المجانية؛ حيث إنّه أقدم على الضمان، لا على المجانية، فغرضه منه نفي المانع من مقتضى اليد، لا الاستدلال به مستقلاً.

٤٣٤ ـ **قوله**ﷺ: **(أولى منه فيما حصل ...الخ)**(٢).

أقول: غرضه أنّ حال زيادة قيمة العين في المقام حال المنافع المستوفاة؛ حيث قلنا فيها بالرجوع على البائع، وذلك لأنّ المشتري في المقامين يصدق أنّه أعطى الثمن ودخل على أنْ يكون له تمام العين والانتفاع بها من غير عوض آخر، فكما أنّ المنافع المفروضة يرجع بها على البائع، مع أنّه أعطى هذا المقدار من الثمن لأجلها، وإنْ لم يكن في قبالها، ولا يضر هذا الاعطاء في صدق الغرور بالنسبة إليها، فكذا زيادة القيمة فانّه دخل على أنْ يكون له تلك الزيادة بهذا المقدار من الثمن، فاذا غرّمه المالك له أنْ يرجع بها عليه، ولا يضر دفع هذا المقدار من الثمن في صدق كونه مغروراً.

ولعل وجه كونه أولى اعتناء المشتري بتحصيل العين التي قيمتها كذا بمجرد هذا المقدار من الثمن أكثر من اعتنائه بالمنافع المحتملة للحصول وعدمه، فمع ضمانه لقيمة الزيادة أولى بصدق المغرورية بالنسبة إلى ضمان المنافع المحتملة الحصول والعدم، فبناؤه على كونها له ليس كبنائه على كون زيادة القيمة له من غير عوض آخر، فصدق المغرورية في الثاني أولى، فتأمل.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٣.

٤٣٥ ـ **قوله ﷺ: (فالحكم بالرجوع فيه أولى** ...الخ)[١].

أقول: وذلك لأنَّ المشتري لم يقدم على ضمان هذه الزيادة أصلاً فلو سلّم ذلك في الصورة الأولى لا يسلّم في هذه الصورة، فهي مثل سائر الغرامات.

والانصاف أنَّ دليل الغرور متساوي بالنسبة إلى جميع الغرامات، من غير فرق بين المنافع المستوفاة وغيرها، وزيادة القيمة وغيرها من الغرامات الخارجية، فانْ قلنا إنَّ الاقدام على الضمان في الجملة وبمقدار الثمن مانع عن صدق الغرور فبالنسبة إلى الجميع، وإلا فلا فرق إلا بمقدار ما يقابل الثمن من القيمة على إشكال قد أشرنا إليه؛ فلا وجه لهذا الاطناب؛ وذلك لأنَّه إذا أقدم على ضمان المعين فقد أقدم على أنْ يكون جميع الواردات عليه إجمالاً، فلو كان هذا مانعاً من صدق الغرور ففي الجميع، وإلا فكذلك، والتحقيق عدم مانعيته، فاستقم.

٤٣٦ ـ **قوله ﷺ: (فانْ كان مما لا يقسّط عليه الثمن** ...الخ)[٢].

أقول: التحقيق أنَّ شيئاً من الأوصاف لا يقسّط عليه الثمن في مقام المعاملة؛ حتى وصف الصحة، نعم جميعها مما يوجب زيادة الثمن، فالثمن في جميع المقامات إنَّما يكون في مقابل نفس العين، لا أنْ يكون بعضه في مقابلها، وبعضه في مقابل الوصف، وإنَّما الوصف منشأ لزيادة قيمة العين الموجبة لزيادة جعل الثمن في مقابلها، ولهذا اشتهر أنَّ الأوصاف لا تقابل بالأعواض، كما أنَّ الشروط أيضاً كذلك.

وما يقال من أنَّ للأجل قسطاً من الثمن، أو للشرط أو الوصف قسطاً من الثمن يراد منه زيادة ثمن العين من جهتها لا مقابلتها في مقام الانشاء، فليس حالها حال الاجزاء، وهذا واضح جداً.

ولا فرق بين وصف الصحة وسائر الأوصاف، وثبوت الأرش في خيار العيب لا يدل على مقابلته بالثمن، كيف ؟ وإلا لكان التخلّف مقتضياً لعدم انتقال ما يقابله

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٣.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٤.

من الثمن إلى البائع، لا أنْ يكون تمامه له، ويكون المشتري مخيراً بين الرد والأرش.

بل أقول: إنَّ ثبوت الأرش دليل على عدم المقابلة، فانَّ من المعلوم أنَّه لا يلزم أنْ يردَّ البائع جزءً من الثمن، بل له أنْ يعطي الأرش من كيسه، وإنْ كان عين الثمن موجوداً.

إذا عرفت ذلك فنقول: مقتضى القاعدة في غرامة الأوصاف كلها الرجوع على البائع لكونه غارّاً، وإنْ كان المشتري دفع بعض الثمن لأجلها، فانَّ ذلك لا يمنع صدق الغرور، وعلى فرض مقابلتها بالثمن في مقام الانشاء يكون حالها حال زيادة القيمة، فتدبّر.

هذا بالنسبة الأوصاف الموجودة حال البيع، وأما الأوصاف الحادثة في يد المشتري إذا زالت بعد ذلك وغرّمه المالك، فرجوعه فيها عليه البائع بالأولى؛ إذ هي كزيادة القيمة بعد البيع، بل أولى، وكذا الحال بالنسبة إلى الأجزاء إذا حصلت في يد المشتري ثم تلفت، كما لو كان الغنم مهزولاً ثم صار سميناً في يد المشتري، ثم صار مهزولاً، فانَّ المالك إذا رجع عليه بعوض السمن يرجع هو على البائع، فتدبّر.

٤٣٧ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنَّ الغرامة لم تجيء ...الخ)**(١).

أقول: بناءً على ما قلنا من تحقق الغرور في مطلق العقود الفاسدة إذا كان المشتري جاهلاً بالفساد، ولازمه عدم رجوع البائع عليه بما زاد عما يقابل الثمن، لا اشكال في الرجوع في هذه الصورة أيضاً على البائع، وأما بناءً على ما هو المشهور من رجوع البائع عليه فيها بتمام القيمة وسائر النماءات فالحق ما ذكرهﷺ من عدم الرجوع في هذه الصورة، لما ذكره من أنَّ الغرامة لم تجيء من تغريره.

فانْ قلت: غاية الأمر كون الضمان مسبباً من الأمرين ـ أي الغرور وفساد المعاملة ـ فلا وجه لترجيح جانب الثاني، بل مقتضى القاعدة التشريك كما هو الشأن في

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٤.

سائر الموارد التي يجتمع فيها السببان المستقلان، فانَّ المسبب مستند إلى المجموع، ولازمه التشريك.

قلت: فرق بين المقام وسائر المقامات، وذلك لأنَّ وجود السبب الآخر الذي هو فساد المعاملة من حيث هي يمنع عن صدق الغرور، فهو نظير ما إذا أراد المالك أنْ يبيع ماله ومع ذلك أكرهه عليه غيره، فانَّ البيع حينئذٍ وإنْ صدر من مجموع السببين، أي الارادة والاكراه، لكن الاكراه لا يؤثر حينئذٍ في رفع الحكم، بل لا يصدق أنَّ الفعل وقع مكرهاً عليه.

والحاصل: أنَّ أحد السببين مانع عن تحقق سببية الآخر، فانَّه إذا كان مريداً للفعل من نفسه لا يكون للاكراه تأثير، وإنْ كان لولا الارادة كان سبباً، ففي المقام أيضاً وإنْ كان يصدق الغرور مع قطع النظر عن فساد المعاملة، لكن معه يخرج عن كونه مغروراً؛ لأنَّ المفروض أنَّ مع صدق البائع أيضاً كان ضامناً ومقدماً عليه من نفسه.

ومن هنا يمكن أنْ يقال: إذا كان بيده أو بين يديه مال الغير، وكان عازماً على التصرف فيه غصباً، فقال قائل تصرف فيه فانَّه مالي، أو كله فانَّه طعامي، فتصرف فيه وبان كذب القائل، لا يجري عليه حكم الغرور، فلا يجوز الرجوع على القائل وإنْ كان لولا عزمه على التصرف فيه كان يصدق عليه أنَّه مغرور.

وبالجملة: الغرور إنَّما يوجب الرجوع إذا كان الضمان مستنداً إليه، ومع وجود السبب السابق له لا يكون مستنداً إليه، وكذا مع المقارن كما في ما نحن فيه إذا كان وجود ذلك السبب مانعاً من الاستناد، فتشريك السببين إنَّما هو فيما لم يكن وجود أحدهما مانعاً من تأثير الآخر والاستناد إليه، كما في سائر موارد الاجتماع، فتدبّر.

٤٣٨ ـ **قوله**﴿ره﴾: **(فانْ قلت: إنَّ كلاً ...الخ)**[1].

أقول: حاصله أنَّ وجه رجوع المشتري على البائع في صورة الغرور كان هو

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٥.

الغرور، وأما رجوع البائع عليه في غير صورة الغرور فلا وجه له، فانْ رجع المالك عليه فهو، وإنْ رجع على البائع لا ينبغي أنْ يرجع على المشتري وإنْ كان التلف في يده، نعم لو كان متلفاً أمكن الرجوع عليه من جهة قاعدة التسبيب، من حيث إنّه صار باتلافه سبباً لضمان البائع، وعلى هذا فيشكل رجوع كل سابق إلى اللاحق في تعاقب الأيدي كما هو المشهور من كون قرار الضمان على من تلف في يده العين.

قلت: يمكن الجواب بعدم الفرق بين التلف والاتلاف في صدق السببية، فاللاحق صار باثبات يده على العين وعدم دفعه إلى المالك أو إلى من أخذ منه سبباً لضمان السابق؛ لأنّه لو دفعه إليه أو إلى المالك كان السابق فارغاً من الضمان، فضمانه بمعنى استقرار العوض في ذمته مستنداً إلى اللاحق، من جهة حيلولته بينه وبين العين، وعلى هذا فلا حاجة إلى التوضيح الذي ذكره المصنّف؛ إذ هذا الجواب ليس مبنياً على فهم كيفية اشتغال ذمته كل من اليدين كما لا يخفى، فتدبّر.

☐ توارد الأيدي المتعددة على المال الواحد

٤٣٩ ـ **قوله: (فهو يملك ما في ذمة كل واحد** ...الخ)[1].

أقول: هذا هو التحقيق، ولا اشكال في تصويره ومعقوليته كما في التكاليف؛ إذ لا فرق بين الوضع والتكليف في ذلك، بل يمكن عكسه أيضاً، وهو كون المالك أشخاصاً متعددة على سبيل البدل، مع كون المملوك واحداً، كما في مالكية السادة والفقراء للخمس والزكاة، وكما في مالكية كل واحد من الورثة لحق الخيار الثابت للمورث بناءً على أحد الأقوال، من أنّ كلاً منهم مستقل في مالكية الخيار، ومما يناسب المقام حرية أحد العبيد إذا أوصى بعتق واحد من عبيده، ولذا يستخرج بالقرعة.

وبالجملة: لا مانع من اشتغال ذمم عديدة لمال واحد على سبيل البدل، ومن الغريب دعوى صاحب الجواهر استحالته؛ حيث أورد في أول كتاب الضمان على

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٦.

العامة القائلين بأنّه ضم ذمة إلى ذمة بعدم تصور شغل ذمتين فصاعداً بمال واحد، قال (وقد بيّنا أنّ المشغول به في تعاقب الأيدي على المغصوب ذمة واحدة، وهو من تلف في يده المال مثلاً، وإنْ جاز له الرجوع على كل واحد)[١]، لكنه في كتاب الغصب لم يدعِ عدم المعقولية بل قال (لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد)[٢]، ولذا جعل الخطاب بالاداء بالنسبة إلى غير من تلف في يده شرعياً، وبالنسبة إليه ذمياً.

وأنت خبير بما فيه؛ إذ بعد فرض المعقولية كما هو واضح يكون الدليل عليه هو ما دلّ على جواز الرجوع على أيّهم شاء كما سيشير إليه المصنّف‌ﷺ.

٤٤٠ ـ **قوله‌ﷺ: (وضمان عهدة العوضين ...الخ)**[٣].

أقول: يعني إذا ضمن ضامن عن البائع للمشتري عهدة الثمن إذا قبضه البائع عند خروج البيع مستحقاً للغير، أو انكشاف بطلان البيع، أو عن المشتري للبائع عهدة المبيع الذي قبضه المشتري إذا خرج الثمن مستحقاً للغير، أو انكشف بطلان البيع، ومعنى ضمان العهدة رجوع المضمون له إلى الضامن بعوض المضمون على فرض تلفه، أو امتناع أخذه.

ومن ذلك يظهر أنّه ليس نظير المقام؛ لأنّ المضمون له لا يرجع إلا إلى الضامن على فرض التلف، فلا يكون من اشتغال ذمتين، إذ حينئذٍ يكون المشغول ذمة الضامن فقط، وليس للمضمون له الرجوع على المضمون عنه أيضاً حتى يكون من ضم ذمة إلى أخرى، نعم ما دام باقياً في يده يجوز له الرجوع عليه، ومعه ليس ذمة الضامن مشغولة بعوضه فعلاً، بل معنى ضمانه وجوب التدارك مع التلف، وعلى فرضه إلا أنّ يكون المراد هذا المقدار من الاشتغال، أعني كون العين مضمونة بالنسبة إلى المضمون عنه؛ حيث إنّه مكلف بردها إلى المضمون،

(١) جواهر الكلام ٢٦: ١١٣.
(٢) جواهر الكلام ٣٧: ٣٤.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٧.

وبالنسبة إلى الضامن حيث إنَّه أيضاً مكلف بردها، أو رد عوضها إليه.

لكنك خبير بأنَّه ليس من اشتغال ذمتين بمال واحد، فهذا ليس استثناء مما ذكروه من كون الضمان عند الخاصة من باب نقل ذمة إلى ذمة، حيث إنَّه ضم ذمة إلى ذمة، نعم يكون استثناء من مسألة أخرى، وهي أنَّه لا يجوز ضمان العين الخارجية، بل يجب أنْ يكون المضمون مالاً ثابتاً له في الذمة، فانَّه في هذا الفرض من ضمان الأعيان.

وما ذكرنا هو الظاهر من كلماتهم في ذلك الباب؛ حيث إنَّهم يقولون يرجع المضمون عند خروج أحد العوضين مستحقاً للغير إلى ذلك الضامن، وظاهرهم عدم جواز رجوعه على فرض التلف إلى المضمون عنه أصلاً، بل صرّح بذلك بعضهم، فتدبّر.

٤٤١ ـ قوله‌ﷺ: (وضمان الاعيان المضمونة ...الخ)[1].

أقول: اتفقوا على عدم جواز ضمان الأعيان الغير المضمونة، كالامانات قبل حصول التعدّي والتفريط؛ لأنَّه من ضمان ما لم يجب، واختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد والامانات بعد التعدّي أو التفريط، ففي الشرائع (الأشبه الجواز)، وحكي[2] عن المبسوط، والتحرير، والارشاد، والتذكرة، والايضاح، وذهب بعضهم إلى المنع كالمحقق والشهيد الثانيين، ولا يخفىٰ أنَّه بناءً على الجواز يرد الاشكال السابق، من عدم كونه مما نحن فيه، فانَّ المضمون له لا يرجع في صورة تلف العين إلا إلى الضامن، نعم هو من ضم ذمة إلى ذمة قبل التلف، لكنه لا ينفع فيما نحن فيه كما عرفت.

نعم، يمكن الاستظهار من عبارة التذكرة ما رامه المصنّف‌ﷺ؛ حيث قال ـ على ما حكي عنه ـ (أنَّ ضمان المال ناقل عندنا، وفي ضمن الأعيان والعهدة اشكال،

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٧.

(٢) حكاه عنهم الجواهر ١٣: ٣٤٣.

أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه)[١].

هذا، ولكن يحتمل أنْ يكون مراده ذلك في ما قبل التلف، وإلا فبعده يتعين الرجوع على الضامن فقط، وأما عبارة الايضاح فلا يحضرني حتى ألاحظها.

٤٤٢ ـ قولهﷺ**: (وضمان الاثنين لواحد** ...الخ)[٢].

أقول: اختلفوا فيه على أقوال:

أحدها: البطلان إذا كان دفعه، وصحة السابق مع التعاقب، حكي عن المختلف[٣]، وجامع المقاصد[٤]، وقواه في الجواهر[٥].

الثاني: الصحة بالنسبة إلى من رضى به المضمون له، ومع الرضا بهما يقسّط المال عليهما بالنصف، احتمله في الجواهر[٦]، وظاهره وجود القول به وإنْ لم ينقل به القائل.

الثالث: الصحة، وتخيير المضمون له كما اختاره في الوسيلة[٧]، وفي الجواهر (قيل إنَّهم جزموا به في باب الديات فيما إذا قال ألق متاعك وعلى كل واحد منّا ضمانه)[٨].

قلت: وهذا هو الأقوى؛ لعموم الأدلة، وعدم المانع، وهو نظير لما نحن فيه، كما أنَّ مطلق الضمان على مذهب العامة أيضاً نظيره حسبما ذكره المصنّفﷺ.

والتحقيق: ـ وإنْ كان خارجاً عن المقام ـ صحة الضمان إذا كان القصد ضم ذمة إلى ذمة كما هو مذهب العامة؛ لعموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، وإنْ كان خارجاً عن الضمان المصطلح؛ فكون الضمان عند الخاصة نقل الذمة على ما هو المستفاد من

---

(١) التذكرة ٢: ٩٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٧.
(٣) مختلف الشيعة ٥: ٤٦٦.
(٤) جامع المقاصد ٥: ٣٤١.
(٥) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٢.
(٦) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٢.
(٧) الوسيلة ٢٨١.
(٨) جواهر الكلام ٢٦: ١٥٢.

الأخبار لا ينافي صحة قسم آخر أيضاً إذا شمله العمومات الأولية كـ«أوفوا» و «المؤمنون» ونحوهما، فتدبّر.

٤٤٣ ـ قوله ﷺ: (وأما حال بعضهم ...الخ)[١].

أقول: حاصله أنّه يجوز لكل سابق بعد رجوع المالك عليه أنْ يرجع إلى كل من اللاحقين، إلا إلى مغروره، ولا يجوز رجوع اللاحق إلى السابقين، لا إلى من كان غاراً له، ولازم هذا كون قرار الضمان على من تلف في يده العين إذا لم يكن مغروراً، وإلا فعلى الغار، وحينئذٍ فلو كان في السلسلة غار، فانْ كان غاراً لمن تلف في يده فقرار الضمان على ذلك الغار، وإلا فعلى من تلف في يده أو أتلف، سواء رجع إلى المالك من الأول عليه أو على الغار أو على غيره، مثلاً إذا كان في البين غار، وبعده مغرور غير غار للاحقه، فرجع المالك على ذلك المغرور فله أنْ يرجع على الغار، وأنْ يرجع على أحد اللاحقين، فانْ رجع على الغار رجع ذلك الغار على المتأخر عن المغرور؛ حتى يستقر الضمان على من تلف في يده، وإنْ رجع على من بعده فلا يرجع على الغار؛ لأنّه غير مغرور منه، وإنّما المغرور من سبقه، نعم له أنْ يرجع هو أيضاً على من بعده حتى يستقر الضمان على من تلف في يده.

والحاصل: أنّ العبارة المختصة في بيان هذا المطلب ما ذكرنا، من أنّ كل سابق يرجع إلى كل من اللاحقين، إلا إلى مغروره، ولا يرجع اللاحق إلى السابقين، لا إلى غاره، ونتيجة هذا أنّ قرار الضمان على من تلف في يده إلا إذا كان مغروراً فانّه حينئذٍ على غاره.

٤٤٤ ـ قوله ﷺ: (فهذا الضمان يرجع إلى ضمان ...الخ)[٢].

أقول: لا يخفىٰ ما في هذا التوجيه؛ إذ يرد عليه:

أولاً: أنّ السابق أيضاً يصدق عليه أنّه ضامن شيئاً له بدل؛ لأنّه وإنْ كان حين الحصول في يده لم يكن له بدل؛ لأنّ ضمان اللاحق لم يتحقق في ذلك الحين، بل

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٨.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٨.

المفروض أنّه يحدث بعد ذلك فيتحقق البدل للعين بعد حدوث ضمان السابق، إلا أنّ استقرار الضمان بالنسبة إلى الكل إنّما هو بعد التلف، فحينئذٍ يصدق أنّ كلاً منهم ضامن لما له بدل؛ لأنّ المناط ليس حال حدوث سبب الضمان، بل حال فعليته، بمعنى اشتغال الذمة فعلاً بالعوض، وهو إنّما يكون بعد التلف، ولذا لو زاد زيادة عينية في الأيدي المتأخر يكون السابق ضامناً لتلك الزيادة أيضاً، مع أنّه لم يحدث الضمان في يده، إلا ناقصاً، بل وكذا بالنسبة إلى زيادة القيمة بناءً على القول بأعلى القيم.

وبالجملة: حين التلف الذي هو زمان الانتقال إلى القيمة يصدق بالنسبة إلى الكل أنّه ضامن لما له بدل، بل أبدال.

وثانياً: أنّ ضمان العين التي لها بدل ـ أي عوض في ذمة آخر ـ لا يقتضي ما ذكره من ضمان واحد من البدل والمبدل، كيف ؟ والبدل لم يتحقق فيه سبب الضمان؛ إذ لم يثبت تحت يد الضامن، ولا أتلفه، ولا غير ذلك، فلا وجه لكونه مضموناً.

ودعوى كونه من توابع العين كما ترى؛ إذ ليس هذا من شؤون العين كالمنافع والنماءات المتجددة؛ حيث إنّها مقبوضة بتبعية قبض العين، بخلاف التدراك الثابت في ذمة السابق فانّه ليس مقبوضاً للاحق أصلاً، فلا وجه لضمانه له، وهذا واضح جداً.

وثالثاً: لو سلّمنا ذلك كان مقتضاه ضمانه لمالكه، وهو مالك العين، لا لمن عليه البدل، فانّ البدل الذي في ذمة السابق إنّما هو لمالك العين، فبدله وهو ما في ذمة اللاحق أيضاً يكون للمالك، وهو من له البدل، ولا وجه لكونه لمن عليه البدل، وهو الضامن السابق، وهذا أيضاً واضح.

ورابعاً: أنّ لازم ما ذكره أنْ يكون في مسألة ضمان الاثنين لواحد بناءً على صحته للضامن الأول الرجوع على الضامن الثاني إذا رفع العوض إلى المضمون له، فانّ الثاني قد ضمن ما له بدل في ذمة الضامن الأول، مع أنّه ليس له ذلك، بل إنّما يرجع إلى المضمون عنه لو ضمن باذنه، ولو كان متبرعاً فلا يرجع على أحد، وأيضاً في

ضمان العهدة وضمان الأعيان المضمونة إذا قلنا بجواز الرجوع إلى كل من الضامن والمضمون عنه كما استظهره المصنّف منهم يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا فرض رجوع المالك عليه، ولا يمكن الالتزام به.

وجه اللزوم أنّ الضامن إنّما ضمن شيئاً له بدل في ذمة المضمون عنه، وأيضاً بناءً على مذهب العامة من كون الضمان ضم ذمة إلى أخرى يلزم جواز رجوع المضمون عنه إلى الضامن إذا رجع المالك عليه؛ لأنّه يصدق على الضامن أنّه ضمن شيئاً له بدل، لكن فيما إذا كان المال المضمون ثابتاً في ذمته من باب الغرامة، بأنْ يكون متلفاً أو غاصباً أو نحوهما فضمن عنه الضامن، ولا يمكن الالتزام به.

وخامساً: إذا فرضنا أنّ العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت إلى السابق فتلفت في يده فالظاهر أنّه لا يجوز للسابق حينئذٍ إذا رجع المالك عليه أنْ يرجع إلى اللاحق، بل الأمر بالعكس؛ لأنّ من تلف في يده هو السابق بالفرض، ولازم بيان المصنّف‏ﷺ أنْ يكون له الرجوع عليه؛ لأنّه يصدق أنّه ـ أي اللاحق ـ ضمن شيئاً له بدل، بخلاف السابق.

ودعوى: أنّه بعد العود إليه يكون اللاحق سابقاً، والسابق لاحقاً؛ فيصدق على السابق الذي صار لاحقاً أنّه أيضاً ضمن شيئاً له بدل.

مدفوعة: بأنّ الضمان إنّما حدث باثبات يده الأولى، وفي ذلك الحين لم يكن له بدل، وبعد العود إليه لا يحدث ضمان آخر، مثلاً إذا غصب عيناً وضمن، فاعطاه غيره أو أخذ منه قهراً، ثم رده ذلك الغير إليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانية، بل الضمان الحادث أولاً باقٍ، وقرار الضمان حينئذٍ على الغاصب الأول إذا تلف المال في يده بعد العود إليه، ولازم بيان المصنّف‏ﷺ أنْ يكون القرار على الغاصب الثاني، مع أنّه لم يتلف في يده، فتدبّر.

وسادساً: أنّ ما ذكره من أنّه لا يعقل ضمان البدل معيناً من دون البدل، وإلا خرج البدل عن كونه بدلاً، فيه أنّا نقول إنّه لا يعقل ضمان البدل من دون وجود سبب الضمان فيه حسب ما بيّنا.

وسابعاً: أنّ لازم ما ذكره جواز رجوع السابق إلى اللاحق قبل دفع البدل أيضاً.

وما ذكره من أنّه نظير باب الضمان؛ حيث إنّه لا يرجع الضامن إلى المضمون عنه إلا بعد الدفع إذا كان الضمان باقياً باذنه.

فيه: أنّ مقتضى القاعدة في ذلك الباب أيضاً جواز الرجوع؛ لأنّ ذمة المضمون عنه قد برءت بمجرد الضمان عنه باذنه، فاللازم جواز مطالبته قبل الدفع أيضاً، إلا أنّه خرج عن القاعدة للنص الخاص، وهو في المقام غير موجود، فعدم القول به في المقام مع أنّه لازم الوجه المذكور يكشف عن عدم تمامية الوجه، فتدبّر.

٤٤٥ ـ قولهﷺ: **(فانْ أداه إلى المالك** ...الخ)[١].

أقول: يعني إنْ أدّى الضامن الثاني.

٤٤٦ ـ قولهﷺ: **(وربما يقال في وجه رجوع** ...الخ)[٢].

أقول: القائل صاحب الجواهر «أعلى الله مقامه» في كتاب الغصب[٣].

٤٤٧ ـ قولهﷺ: **(مع أنّه لا يكاد يفهم الفرق** ...الخ)[٤].

أقول: الفرق واضح، فانّ الأول مجرد تكليف لا يستتبع وضعاً، بخلاف الثاني فانّ التكليف فيه تبع للوضع، ويكفي فيه أنّ لازم الثاني تعلّقه بتركته إذا مات، بخلاف الأول كما اعترف به المصنّفﷺ في الايراد الآتي.

ونظير الأول مسألة وجوب نفقة الأقارب، فانّه مجرد تكليف؛ ولذا لو عصى لم تصر ديناً عليه، بخلاف نفقة الزوجة فانّ الخطاب بها ذمي؛ ولذا لو مضت مدة لم يعطها النفقة عصياناً أو لعذر صارت ديناً عليه، فالخطاب باداء نفقة الأقارب شرعي، بخلاف الزوجة فانّ الخطاب بالاداء فيها ذمي.

وأيضاً من قبيل الأول مسألة النذر، فلو نذر أنْ يعطي زيداً درهماً يجب عليه

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٨.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٠٩.
(٣) جواهر الكلام ٣٧: ٣٤.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥١٠.

ذلك تكليفاً لا وضعاً، بمعنى أنّه لا يصير مديوناً لزيد، ولذا ليس له مطالبته كمطالبة سائر الديون، نعم يجوز له الزامه من باب الأمر بالمعروف، وهذا الايراد ساقط عن صاحب الجواهر.

نعم، يرد على ما ذكره من عدم تعقل اشتغال ذمتين بمال واحد أنّه لا فرق بين التكليف والوضع في ذلك، بمعنى أنّه إذا لم يعقل ذلك في الماليات يلزم أنْ لا يعقل في التكليفيات أيضاً، بأنْ يشتغل ذمتان أو أزيد بفعل واحد، مع أنّه موجود في الواجبات الكفائية، فلو أمكن أنْ يكون فعل واحد واجباً على شخصين لزم جواز اشتغال ذمتين بمال واحد؛ إذ لا فرق بين الدين الالهي والدين الخلقي.

ودعوى أنّ المال لا يعقل إلا في ذمة واحدة، بخلاف الفعل كما ترى؛ فانّ الدين الخلقي أيضاً قد يكون فعلاً، كما إذا استأجر لخياطة الثوب فانّه مديون بالفعل، نظير كونه مديوناً لله بالصلاة أو الخياطة إذا نذرها، وإذا جاز أنْ يكون الخياطة في ذمة شخصين على سبيل البدل جاز أنْ يكون الدرهم أو الدينار كذلك، ولا يخفىٰ أنّ ما ذكرنا من أنّ في التكاليف الالهية أيضاً جهة وضع، وأنّ الفعل إنّما يكون في ذمة المكلف كالمال؛ ولذا اطلق عليه الدين في قوله ﷺ (إنّ دين الله أحق أنْ يقضى)[1] لا ينافي ما ذكرنا آنفاً من صحة الفرق بين الخطاب بالاداء شرعياً وذمياً؛ وذلك لأنّ ما ذكرنا هناك إنّما كان عدم الملازمة بين التكليف بالاداء واشتغال الذمة بالنسبة إلى من كلف بالاداء إليه، والذي ذكرناه هاهنا أنّ التكليف مستتبع للوضع بالنسبة إلى المكلف الذي هو الله، ففي مسألة النذر نقول إنّ اعطاء الدرهم لزيد دين إلهي، بمعنى أنّ ذمته مشغولة بالفعل لله، لا أنْ تكون مشغولة لزيد بالدرهم، فالذي نفيناه هو الثاني، والذي أثبتناه هو الأول.

والحاصل: أنّه لا فرق بين الاشتغال بالفعل ـ كما في التكليفيات ـ وبالمال، عيناً كان أو فعلاً مثل الخياطة و النساجة، كما في الديون الخلقية في جواز التعلق بالمتعدد على سبيل البدل، فيتصور في الماليات نظير الواجب الكفائي والتخييري

---

(١) سنن الكبرى للبيهقي ٤: ٢٥٥.

وغيرهما حسبما هو واضح، هذا.

ويمكن على بعد أنْ يكون مراد المصنّف‌ﷺ من قوله (لا يكاد يفهم الفرق ...الخ) ما ذكرنا في قولنا (نعم يرد ...الخ) بأنْ يكون غرضه أنّه لا فرق بين الخطاب بالاداء والخطاب الذمي في جواز التعلق بالمتعدد وعدمه، فاذا اعترفت بأنّ الأول متعلق بالجميع، فاللازم اعترافك به بالنسبة إلى الثاني أيضاً، ولا داعي إلى صرف الدليل الظاهر فيه عن مقتضاه، فتدبّر.

٤٤٨ ـ قولهﷺ: (مع أنَّ اللازم مما ذكره أنْ لا يرجع ...الخ)[1].

أقول: ظاهر كلام صاحب الجواهر الالتزام بذلك، فانَّه لم يذكر رجوع كل سابق إلى كل لاحق، بل قال إنَّه يرجع إلى من تلف في يده، ولا مانع من هذا الالتزام أيضاً، بل لم أجد من صرّح بجواز الرجوع إلى كل لاحق، فلا يمكن دعوى الاجماع عليه، ولا دليل غيره، وبالجملة ظاهر كلامه الالتزام به، ولا دليل على بطلانه، فتدبّر.

هذا، ويمكن توجيه رجوع السابقين إلى اللاحقين بوجه آخر أحسن من توجيهي المصنّف والجواهر «قدس سرهما»، وهو أنْ يقال إنَّ الوجه فيه أنَّه إذا أدّى العوض إلى المالك فقد ملك العين التالفة بالمعاوضة القهرية، فيقوم مقام المالك في جواز الرجوع إلى الأيدي المتأخرة إلى أنْ يستقر الضمان على من تلف في يده.

والفرق بين هذا وما ذكره صاحب الجواهر في موضعين:

أحدهما: أنَّه يقول إنَّ العوض ليس إلا في ذمة من تلف في يده، وخطاب غيره بالاداء تكليفي لا ذمي، وهذا التوجيه ليس مبنياً على ذلك، بل يتم مع الالتزام بشغل ذمة الجميع أيضاً.

والثاني: أنَّه يقول بالمعاوضة القهرية بين البدل المدفوع من أحد السابقين وبين ما في ذمة الأخير، وهو من تلف في يده، وعلى هذا التوجيه المعاوضة القهرية إنَّما

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥١٠.

هي بين البدل والعين التالفة، بمعنى أنّها تعتبر ملكاً لدافع البدل، فيكون هو بمنزلة المالك لتلك العين، فله مطالبة عوضها ممن أثبت يده عليها أو أتلفها.

وتوضيح هذا المطلب ببيان مقدمات:

الأولى: لا اشكال في أنّ المالك إذا صالح[1] العين التالفة التي اعتبر وجودها في ذمة ذوي الأيدي مع غيرهم، أو مع أحدهم يقوم ذلك المصالح معه مقامه في جواز مطالبة من شاء منهم، وكذا إذا حسب على أحدهم خمساً أو زكاة أو صدقة أو نحو ذلك فانّه حينئذٍ يقوم مقام المالك في المطالبة.

الثانية: أنّ مقتضى القاعدة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض.

الثالثة: أنّ في باب الغرامات العوض المدفوع يكون عوضاً لنفس العين التالفة، ولازمه اعتبار كون العين ملكاً للدافع؛ إذ لا فرق بين المعاوضة بعنوانها وبين اعطاء العوض، فانّ ما ذكرنا إنّما كان مقتضى العوضية، فلو كان للعين التالفة اعتبار عقلائي يكون للدافع، ولذا قلنا في بدل الحيلولة أنّ مقتضى أخذ البدل إذا كان بدلاً عن نفس العين ـ لا عن الحيلولة كما هو الظاهر ـ دخول العين في ملك الضامن، غايته أنّ ملكه متزلزل، وأيضاً إذا غرقت العين في البحر فاعطى عوضها يكون العين للدافع، فاذا ترتب على وجودها تحت الماء أثر كان له، وإذا كان كذلك ففي المقام إذا دفع أحد السابقين بدل العين التالفة، وصارت كأنّها مال تالف له يكون مثل المالك في جواز الرجوع إلى من بعده.

ودعوى: أنّه لا معنى لاعتبار العين التالفة بعد تلفها ملكاً لأحد.

مدفوعة: بما هو المسلّم بينهم في باب الخيار من جواز فسخ المعاملة بعد تلف العين، فيرجع إلى المثل أو القيمة، مع أنّ الفسخ إنّما يؤثر من حينه، فليس إلا اعتبار كون العين التالفة ملكاً لمالكه الأول، فيرجع إلى بدلها، فلا مانع من هذا الاعتبار إذا ترتب عليه أثر كما في الضمان أيضاً.

نعم، يبقى شيء: وهو أنّ لازم هذا التوجيه جواز رجوعه إلى السابقين أيضاً؛ لأنّ

---

(١) هكذا في الاصل.

المفروض أنّه قام مقام المالك.

ويمكن أنْ يقال: إنّ الوجه في عدم جواز رجوعه إليهم لأنّه السبب في ضمانهم، بمعنى استقرار العوض في ذمتهم، فمن هذا الجهة يحصل الفرق بينه وبين المالك، هذا.

والتحقيق: ما أشرنا إليه سابقاً من أنّه لا فرق بين الاتلاف والتلف واثبات اليد في صدق سببية الضمان، وأنّ الوجه في جواز رجوع السابق إلى اللاحق أنّه السبب في ضمانه، بمعنى استقرار العوض في ذمته، كيف ؟ وإلا أمكنه أنْ يدفع نفس العين إلى المالك ليخرج من تبعة الضمان، فكما اعترف القائل بأنّ الرجوع على المتلف موافق للقاعدة من جهة تسبيبه للضمان، فكذا نقول بالنسبة إلى من أثبت اليد وإنْ لم يكن متلفاً، ولا فرق في ضمان السبب بين كونه عالماً أو جاهلاً، فحال اللاحقين بالنسبة إلى السابقين كحال الغار بالنسبة إلى المغرور؛ حيث قلنا إنّ الوجه في رجوعه على غاره كونه سبباً في استقرار العوض في ذمته، فانّ اللاحق أيضاً كذلك سبب لاستقرار العوض في ذمة السابقين من جهة حيلولته بينهم وبين العين التي كان لهم أنْ يردوها إلى المالك؛ لئلا يستقر العوض في ذمتهم، ولا حاجة إلى الالتزام بالمعاوضة القهرية ولا غيرها، هكذا ينبغي تحقيق الحال، والمستعان بالله المتعال.

بقي شيء: وهو أنّا قد أشرنا إلى أنّ للمالك الرجوع على الجميع على وجه الاشتراك بالتساوي أو بالاختلاف، وحال رجوع البعض إلى الآخر بالنسبة إلى ذلك المقدار المأخوذ منه حال ما تقدّم.

وأشرنا أيضاً إلى أنّ من أنحاء الأخذ المصالحة مع أحدهم بعوض يسير أو مجاناً، أو احتسابه خمساً أو زكاة أو نحو ذلك، كما إذا وهبه ما في ذمته، وأما لو أبرء ذمة واحد منهم فهل يبرء الجميع، وليس له بعد ذلك الرجوع إليهم أو لا، فيجوز أنْ يبرء بعضهم ويأخذ من أحد الباقين وجهان، أقواهما أنّ مقتضى ابراء واحد براءة الجميع، وذلك لأنّ المفروض وجود بدل واحد في ذمة الجميع، فاذا أبرء واحد

منهم فكأنّه أخذ منه ذلك البدل، فليس له بعد ذلك شيء، وإنْ صرّح ببراءته مع إرادة الأخذ من الباقين يعد من التناقض، فلا يحصل ابراء ذلك الواحد أيضاً، وليس الحال في المقام كالواجب الكفائي إذا أسقط التكليف من أحدهم؛ حيث إنّ الوجوب يبقى على الباقين؛ وذلك لأنّه اخراج له عن التكليف، لا اسقاط المكلف به، بخلاف المقام فانّه إنْ أراد اخراج ذلك الواحد عن الضمان وعن سببية يده فليس له ذلك؛ إذ ليس أمر السببية بيده، فليس له عليه إلا ذلك البدل، فاذا جعله في حل منه فكأنّه أخذه منه، ومعه لا معنى لمطالبة الباقين.

وهل لهذا الواحد أنْ يرجع على لاحقه وجهان، أقواهما العدم؛ لأنّ الوجه في رجوعه إنّما كان سببيته لضرره، وأخذ الغرامة منه، والمفروض أنّه لم يؤخذ منه شيء، والفرق بينه وبين الهبة والمصالحة ونحوهما واضح، فتدبّر.

٤٤٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا يرتفع سلطنة المالك** ...الخ)[1].

أقول: إذا تمكن من الاسترداد من الثاني بسهولة يشكل جواز أخذ بدل الحيلولة؛ لعدم مساعدة الأدلة، فتدبّر.

❏ بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

٤٥٠ ـ **قوله**ﷺ: **(مع مال نفسه** ...الخ)[2].

أقول: ومثله لو باع مال غيره مع مال موكله أو المولّى عليه أو نحو ذلك مما هو مسلّط عليه ومأذون في بيعه.

٤٥١ ـ **قوله**ﷺ: **(لظهور الاجماع** ...الخ)[3].

أقول: وحكي عن الغنية[4] والتذكرة[5] الاجماع، وكذا عن الشيخ الكبير في

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥١١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥١٣.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥١٣.
(٤) غنية النزوع ٢٠٩.
(٥) التذكرة ١: ٥٦٦.

شرحه على القواعد[١]، وعن بعضهم عدم الخلاف فيه، وعن الرياض[٢] وفي الجواهر[٣] ظاهرهم الاجماع، نعم حكي الخلاف عن الاردبيلي[٤] صريحاً، وفي الجواهر (لم نعرفه لأحد من أصحابنا ـ يعني سواه ـ نعم هو للشافعي)[٥].

قلت: الحق هو الصحة من غير فرق بين القول بصحة الفضولي وعدمه، إذا فرض عدم الاجازة، نعم إنّما يفترق القولان على فرض الاجازة، فانّه بناءً على صحة الفضولي لا يبقى اشكال، بل ولا خلاف، بخلافه على القول ببطلانه، والدليل على ما ذكرنا ـ مضافاً إلى الاجماع والنص ـ كونه بمقتضى القاعدة؛ لشمول العمومات بعد معلومية أنّ العقد ينحل إلى عقود.

ودعوى: عدم ورود العقد على البعض، وإنّما ورد على الكل؛ فهو عقد واحد بسيط، غايته أنّ متعلقه مركب، فاذا فرض عدم صحته باعتبار المجموع لا يبقى وجه لصحته باعتبار البعض.

مدفوعة: بأنّ التمليك وإنْ كان واحداً بسيطاً، إلا أنّ متعلقه لما كان مركباً فهو باعتبار تعلّقه بكل جزء جزء في قوة عقد مستقل، ألا ترىٰ أنّه يصح أنْ يقال بالنسبة إلى كل جزء أنّه نقل هذا الجزء إلى المشتري بهذا العقد، وهذا معنى الانحلال، ونظيره في التكاليف ما إذا أوجب شيئاً مركباً بايجاب واحد، فانّه يصدق على كل جزء أنّه واجب بهذا الايجاب البسيط، فاذا قال «أدِّ دينك» وكان عشرة دراهم، فيصدق على كل درهم أنّه واجب الأداء بهذا الايجاب، فالايجاب الواحد البسيط إذا تعلّق بمركب غير ارتباطي في قوة ايجابات، فيمكن أنْ يكون مؤثراً بالنسبة إلى بعضها دون بعض إذا كان هناك مانع بالنسبة إلى ذلك البعض، كأنْ يكون غير مقدور، وأيضاً يمكن التفكيك بينهما في الامتثال كما إذا أدّى بعض الدراهم دون

---

(١) شرح القواعد ١٨٠.
(٢) الرياض ٥: ٦٩.
(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٩.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٦٢.
(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٠.

بعض، فهذا الواحد البسيط مؤثر وغير مؤثر، وممتثل وغير ممتثل، وكذا في المقام العقد الواحد صحيح وباطل بالنسبة إلى الجزئين، وهذا واضح جداً.

ومن ذلك ظهر بطلان ما حكي عن الشافعي في وجه الفساد من أنَّ اللفظة الواحدة لا يتأتى تبعيضها، فاما أنْ يغلب الصحيح أو الفاسد، والثاني أولى؛ لأنَّ تصحيح الفاسد ممتنع، وابطال الصحيح غير ممتنع، إذ فيه أنَّه لا مانع من التبعيض باعتبار المتعلّق، ألا ترىٰ أنَّه لو قال «جاء زيد وعمر» وكان كاذباً في أحدهما، وصادقاً في الآخر يكون هذه اللفظة صدقاً وكذباً، مع أنَّ ما ذكره من امكان أحد التغليبين، وامتناع الآخر أيضاً كما ترىٰ.

وأما ما حكي عن بعض الشافعية من قياس المقام على ما إذا باع درهماً بدرهمين، أو تزوج باختين؛ حيث يحكم بالبطلان فيهما.

ففيه: أيضاً ـ مضافاً إلى بطلان القياس ـ أنَّه مع الفارق؛ إذ في الفرضين لا ترجيح لأحد الدرهمين أو لأحد الأختين، بخلاف المقام، ولذا لو جمع بين الأختين في عقد واحد، وكان لأحداهما مرجح ـ كأنْ تكون الأخرى بنت زوجته مثلاً ـ نقول إنَّ العقد صحيح بالنسبة إليها، هذا.

وربما يحتج للبطلان بوجهين آخرين:

أحدهما: جهالة الثمن بعد التقسيط.

الثاني: أنَّ التراضي إنَّما وقع على المجموع.

وفي الأول أنَّ الغرر مفروض الانتفاء، والدليل على اشتراط العلم في غير صورة الغرر الاجماع، والقدر المتيقن منه أنْ يكون الثمن المقابل بالمال معلوماً وإنْ كان مقدار حصة كل من الاجزاء عند التقسيط مجهولاً، ولذا لا يحكم بالبطلان على فرض الاجازة، مع أنَّ حصة كل من المالكين غير معلومة، وكذا إذا باع المالكان ماليهما المختلفين في القيمة أو المتساويين بعقد واحد فانَّ ظاهرهم صحة البيع؛ مع أنَّ مقدار حصة كل منهما مجهول، نعم حكي عن الشيخ في

المبسوط[١] الحكم ببطلان بيع العبدين صفقة إذا كانا لمالكين مع الاختلاف في القيمة، بل عنه في خلافه[٢] الحكم بالبطلان حتى مع التساوي فيها أيضاً، ولا وجه له.

فالتحقيق: كفاية العلم بثمن المجموع وإنْ كانا مختلفي القيمة مع كونهما لمالكين، إلا أنْ يكون هناك غرر، وإلا فمع عدمه لا دليل على اعتبار أزيد من هذا المقدار من العلم.

وفي الثاني أنَّ الرضا في ضمن المجموع كافٍ؛ إذ ليس حال تخلّف الجزء أشد من تخلّف الوصف أو الشرط، وليس فيهما إلا الخيار، والسر أنَّ الرضا المتعلّق بكل جزء ليس مقيداً بوجود الجزء الآخر، بل هو من باب تعدد المطلوب وإنْ كان التقييد أيضاً ثابتاً في اللب، وبحسب بعض الجهات؛ ولذا يوجب تخلّفه الخيار، وسيأتي تحقيق حال المطلب إنْ شاء الله، وحققناه بما لا مزيد عليه في بحث الشروط، فراجع[٣].

٤٥٢ ـ **قوله**ﷺ: **(أمكن الخدشة فيه** ...الخ)[٤].

أقول: قد عرفت وستعرف دفع الخدشة، وأنَّ الصحة على وفق القاعدة، فلا تغفل.

٤٥٣ ـ **قوله**ﷺ: **(وكذا مع الرد** ...الخ)[٥].

أقول: يعني لا ريب في الصحة معه أيضاً بالنسبة إلى البعض المملوك، هذا ويظهر من سياق بيانه حيث قال (أولاً بناءً على القول ببطلان الفضولي الظاهر أنَّ حكمه بحكم ...الخ) وهنا نفى الريب في الصحة، أنَّ صحة البيع بالنسبة إلى المملوك وعدمها تتفاوت على القولين، مع أنَّه لا فرق بينهما على تقدير عدم

---

(١) المبسوط ٢: ١٤٥.
(٢) الخلاف ٢: ٦٤ ـ كتاب البيوع، مسألة ٢٣٢.
(٣) ج ٣ تعليقة ٤٣٢.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.

الاجازة، فلا وجه لهذا الاطناب، بل كان ينبغي أنْ يقول بناءً على صحة الفضولي إذا أجاز المالك فلا اشكال، وأما مع عدم الاجازة أو القول بعدم صحة الفضولي فكذا.

إلا أنْ يقال: بناءً على صحة الفضولي الحكم بالصحة أوضح، ولو فرض عدم الاجازة فانّه بالنسبة إلى حصة الغير أيضاً صحيح تأهلي، فلا يكون البيع بالنسبة إلى المجموع من حيث المجموع باطلاً صرفاً، بخلاف على القول ببطلانه فانّ العقد بالنسبة إلى المجموع باطل صرف ولغو محض، فالحكم بالصحة بالنسبة إلى المقدار المملوك يصير معه أشكل من الحكم بها على تقدير القول بصحة الفضولي، لكنه كما ترىٰ.

والتحقيق: عدم الفرق بين القولين على تقدير عدم الاجازة، ولذا لم يفصّل أحد بين القولين، نعم يظهر من عبارة الجواهر أنّ اشكال الاردبيلي في الصحة أو خلافه مختص بالقول بصحة الفضولي؛ حيث قال (فما عن الاردبيلي من احتمال بطلان العقد رأساً على تقدير صحة الفضولي وعدم الاجازة ...إلى قوله واضح الفساد)[1].

ولكن ظاهر عبارة الاردبيلي أيضاً عدم الفرق، فانّه قال على ما حكي عنه في طي قوله (لو ضم مال غيره إلى مال نفسه وباعهما صفقة، فانْ كان باذنه فهو صحيح، ويقسّط المسمى، وإنْ لم يكن باذنه فانْ أجاز فكذلك إنْ قلنا بصحة الفضولي، وإلا بطل في مال الغير فقط، ويقسّط الثمن، ويحتمل البطلان رأساً، فانّه إنّما حصل التراضي والعقد على المجموع، وقد بطل ...إلى آخر كلامه)[2]، فانّ قوله «وإلا بطل» يعني إنْ لم نقل بصحة الفضولي أو لم يجز، ولعل صاحب الجواهر حمله على معنى أنّه إنْ لم يجز فقط.

٤٥٤ ـ قوله ﷺ: (فانّه كما لو تبين ...الخ)[3].

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٠.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٦٢.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.

أقول: يظهر من هذه المقايسة مسلمية الحكم في المقيس عليه، وكذا يظهر من عبارة الجواهر[1] أيضاً، مع أنّه أيضاً من فروع المقام، فمن يستشكل فيه يستشكل فيه أيضاً، فتأمل.

٤٥٥ ـ قوله ﷺ: (غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذٍ ...الخ)[2].

أقول: ظاهره اختصاص الخيار بما بعد الرد، فلا خيار له بمجرد الاطلاع على كون البعض للغير، مع أنّه يمكن أنْ يقال لا يجب الصبر إلى أنْ يحصل الاجازة والرد، خصوصاً إذا احتاج إلى مضي مدة، وخصوصاً مع عدم الوثوق بالاجازة، وما أبعد بين هذا وبين ما عن العلامة في بعض كتبه، من ثبوت الخيار حتى في صورة الاجازة أيضاً، نظراً إلى ثبوت الضرر من جهة اختلاف الناس في سهولة الاقتضاء وصعوبته، واختلاف الاغراض في المعاملة مع الاشخاص.

وكيف كان فلا خيار مع علم المشتري بالحال؛ لاقدامه حينئذٍ على التبعيض، إلا أنْ يكون البائع غرّه في أنّ المالك مجيز لا محالة فبان الخلاف، فتدبّر.

٤٥٦ ـ قوله ﷺ: (الجهل أو الاذن ...الخ)[3].

أقول: يعني ادّعى كونه جاهلاً بأنّ بعضه مال الغير، وادّعى كونه مأذوناً في بيع حصة الغير، والمفروض أنّ المالك منكر للاذن؛ إذ في هاتين الصورتين لا يكون مقدماً بنفسه على تبعّض الصفقة، فيكون له الخيار كما للمشتري مع جهله.

٤٥٧ ـ قوله ﷺ: (مانع شرعي كلزوم الربا أو بيع آبق ...الخ)[4].

أقول: أما الأول فكما إذا باع درهماً وديناراً بدرهمين ودينارين، أو بثلاثة دراهم أو بثلاثة دنانير، وكان الدرهم للغير فانّه لو أجاز ذلك الغير يصح البيع وإنْ كان له في مقابلة درهمه درهم وقدر من الدينار، وللبائع في مقابلة ديناره درهم ودينار،

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣٠٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥١٤.

(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥١٥.

بل أزيد؛ لأنَّ المدار على ما وقع عليه المعاملة، وهو المجموع بالمجموع.

وأما لو لم يجز فيكون البيع باطلاً؛ لأنَّه من الأول كأنَّه وقع العقد على الدينار في مقابلة درهم ودينار، بل أزيد، فيكون من الربا، هذا.

ولكن يلزم مما ذكره الفقهاء من تعليل صحة البيع المفروض بأنَّ كلاً من الجنسين ينصرف إلى ما يخالفه الحكم بالصحة، ويكون الثمن في مقابل دينار البائع هو الدرهمان، ويبطل بالنسبة إلى الدرهم وما يقابله من الدينارين، ولذا حكي عن المحقق(١) والشهيد(٢) الثانيين الميل إلى الصحة في مثل الفرض مما اشتمل كل من العوضين على جنسين ولو كانا لمالك واحد، إذا فرض تلف أحد الجنسين قبل القبض الذي هو مثل ما نحن فيه، فانَّه موجب لانفساخ البيع بالنسبة إليه، مع أنَّهما لا يقولان فيما إذا كان أحد العوضين مشتملاً على جنسين، والآخر على زيادة في الجنس الواحد، كالصورتين الأخيرتين من المثال الذي ذكرنا، وكما إذا باع درهماً ومداً من تمر بدرهمين أو بمدين، فانَّه إذا تلف الدرهم أو المد قبل القبض يكون الآخر في مقابل أزيد منه من جنسه، وهو ربا.

لكنك خبير بأنَّ انصراف كل إلى ما يخالفه في كلام الفقهاء والاخبار ليس إلا تعبدياً من جهة تصحيح المعاملة، وإلا ففي الحقيقة الثمن يقسّط على المثمن بحسب القيمة، فلو فرض كون أحد الجنسين لمالك، والآخر لآخر لا يحكم بكون مقابل مال كل يخالف جنس ماله.

فالتحقيق: بطلان البيع بالنسبة إلى مال البائع أيضاً إذا استلزم التقسيط الربا، نعم في مسألة التلف قبل القبض لا يبعد الحكم بالصحة، لا في خصوص ما ذكره المحقق والشهيد الثانيان، بل مطلقاً من جهة امكان دعوى أنَّ المدار في بطلان الربا على الزيادة فيما وقع عليه العقد، لا عند التقسيط، والفرق بينه وبين المقام أنَّ في التلف قبل القبض يكون البطلان والتقسيط طارياً، بخلاف المقام فانَّ البيع بالنسبة

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٢٧٥.

(٢) مسالك الافهام ٣: ٣٣٠.

إلى مال الغير باطل من الأول، ويلزم وقوع الربا من أول الأمر ومن حين وقوع العقد ، فتدبّر . وتمام الكلام في محله.

وأما الثاني فكما إذا كانت الضميمة في بيع العبد الآبق للغير، فانّه يبطل البيع بالنسبة إليه أيضاً؛ لأنّه يلزم منه صحة بيعه بلا ضميمة، وفي هذا أيضاً يمكن الفرق بين ما لو كانت مال الغير ولم يجز، وبين ما لو تلفت قبل القبض، فانّه يمكن في الثاني الحكم بالصحة؛ لما أشرنا إليه من كون البطلان في التلف قبل القبض من حين التلف، لا أنْ يكون كاشفاً عن البطلان من الأول، والقدر المسلّم من بطلان بيع الآبق بلا ضميمة ما إذا كان كذلك حين البيع، ويأتي الكلام فيه في محله.

ثم إنّ من الموانع الطارئة بسبب التقسيط ما إذا لزم منه الابهام في البيع الموجب للبطلان، كما إذا أوصى له بأحد العبدين المختلفين أو المتساويين في القيمة فباع العبدين قبل تعيين الوارث أو غيره ممن بيده الأمر، أو قبل القرعة بناءً على أنّها المرجع في التعيين، فانّ البيع حينئذٍ صحيح مع إجازة المالك للآخر.

وأما مع عدم إجازته فيلزم كون المبيع مبهماً، وهو باطل، خصوصاً مع فرض الاختلاف في القيمة، وكذا إذا اشتبه عبده مع عبده غيره؛ بحيث لم يمكن التعيين فباعهما معاً ولم يجز مالك الآخر، فانّه لا يعلم أنّ المبيع من هو منهما.

ومنه على ما يظهر من الجواهر(١) ما إذا باع المالك للنصاب تمام النصاب قبل اخراج الزكاة بناءً على القول بأنّها متعلقة بالعين، لا على وجه الاشاعة، بل على وجه الكلي في المعين، بأنْ يكون للفقير من أربعين شاة شاة مبهمة مرددة بين الكل، بأنْ يكون للمالك تعيينها في أي منها شاء مع اختلافها في السمن والهزال والصحة والمرض ونحو ذلك مما يوجب اختلاف القيمة، فانّ مع عدم صحة البيع بالنسبة إلى حق الفقراء بأنْ فرض عدم دفع المالك لها من موضع آخر، وعدم امضاء الحاكم الشرعي أو وكيله بناءً على أنّ لهما الاجازة يلزم ما ذكر من ابهام المبيع وعدم معلومية ما يقابله من الثمن ولو عند التقسيط.

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٩.

نعم بناءً على الشركة الاشاعية ـ كما هو المختار ـ لا إشكال، وكذا إنْ قلنا بالتعلّق بالذمة، أو قلنا إنَّ البيع موجب للانتقال إلى الذمة من جهة كون المفروض أنَّ هذه الشركة ليست كسائر المقامات مما لا يمكن التصرف إلا برضا الطرفين، فانَّ للمالك التصرف في الكل مع التزام التأدية من موضع آخر، فبيعه الكل التزام قهري منه بذلك.

ولا يخفىٰ أنَّ ما ذكرنا من البطلان من استلزام التقسيط للابهام لا ينافي ما ذكرنا سابقاً في دفع الاشكال من جهة جهالة الثمن، بأنَّ المدار على ما وقع عليه البيع، وهو معلوم من حيث إنّه واقع على المجموع، وثمنه معلوم؛ وذلك لأنَّ في هذا المقام لا يمكن العلم بالثمن حتى عند التقسيط، فلا يكفي معلومية المجموع وثمنه حين العقد، وهذا واضح، فتدبّر.

بقي شيءٌ: يجب التنبيه عليه، وإنْ لم أجد من تعرّض له ولا أشار إليه، وهو أنّه يشترط في صحة البيع بالنسبة إلى المقدار المملوك أنْ يكون جامعاً لجميع الشرائط بالنسبة إلى المجموع؛ بحيث لم يكن مانع من صحته إلا كون البعض مال الغير؛ حتى يكون صحيحاً بالنسبة إليه على فرض الاجازة، وإلا فلو فرض وجود مانع من جهة أخرى، وإنْ كان يرتفع على فرض عدم الاجازة والتقسيط، فالظاهر عدم الصحة بالنسبة إلى المقدار المملوك أيضاً، وإنْ كان واجداً للشرائط؛ وذلك كما إذا باع منين ونصفاً من الحنطة الجيدة بثلاثة أمنان من الحنطة الرديئة، أو بثلاثة أمنان من الشعير، وكان النصف الذي هو خمس البيع للغير، وفرض كون قيمته ما يساوي مناً من الرديء أو من الشعير، فانَّ بعد بطلان البيع بالنسبة إليه يبقى المنان في مقابل المنين، ويخرج عن كونه رباً بعد أنْ كان منه من الأول، فانّه لا يحكم بالصحة حينئذٍ بالنسبة إلى ملكه؛ وذلك لأنَّ البيع من حيث هو مع قطع النظر عن كونه مال الغير باطل، فلا يمكن أنْ يصح بعد التقسيط، وإنْ كان لا مانع على فرضه، ويحتمل الحكم بالصحة قياساً على بيع الحر والعبد معاً، لكن الفرق موجود، وهو أنَّ في المقيس عليه المعاملة واجدة في حد نفسها لجميع الشرائط سوى

المملوكية، بخلاف المفروض، فتأمل.

ومن هذا الباب ما إذاباع عبده المعين وأحد العبدين اللذين هما للغير، فـانَّ المعاملة من حيث المجموع غير قابلة للاجازة من جهة ابهام المبيع باعتبار بعضه، لكن لا مانع منها بالنسبة إلى البعض المملوك، لكن إذا فرض تساوي العبدين في القيمة لئلا يلزم جهالة الثمن عند التقسيط، وعليك بالتأمل من المقام، والله العالم بالأحكام.

٤٥٨ ـ قولهﷺ: **(ثم إنَّ البيع المذكور صحيح** ...الخ)[١].

أقول: اعلم أنَّ في كل مورد نحتاج إلى التقسيط كالمقام إذا لم يجز المالك، بل وكذا إذا أجاز لارادة تعيين حصة كل منهما من الثمن، وكما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض، وكما إذا فسخ في البعض بخيار إذا اختص الخيار به، أو تقايلا فيه إذا قلنا بجواز الاقالة في البعض ففقه المسألة أنَّ مقتضى مقابلة المجموع بالمجموع مقابلة كل جزء من أجزاء أحدهما بما يساوي قيمته من الآخر بـالنسبة، فـالثمن يفرق على أجزاء المبيع بحسب قيمتها الواقعية ما لم يعين في المعاملة حصة كل، وإلا فبحسب ما عيّن، كما إذا ساومه على أنْ يكون هذا العبد بخمسة، وذاك بعشرة، فقال بعتك العبدين بخمسة عشر، فانَّ في هذه الصورة لا حاجة إلى التقويم؛ إذ حصة كل منهما معينة، وأما في غيرها فالحكم ما ذكرنا حتى في مثل بيع درهم ومد من تمر بدرهمين ومدين، فانَّ مقتضى المقابلة ما ذكرنا، وإنْ ورد في الأخبار[٢] أنَّ كلاً من الجنسين ينصرف إلى ما يخالفه من الآخر، فانَّ ذلك إنَّما هو مـن بـاب الحيلة في التفصّي عن الربا، لا على الحقيقة حسبما أشرنا سابقاً، خلافاً لمن تقدم ذكره.

وكذا في بيع الآبق مع الضميمة، وإنْ كان يظهر من الأخبار[٣] أنَّ تمام الثمن بازاء

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥١٥.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب الربا.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب عقد البيع وشروطه.

الضميمة، إلا أنَّ المراد أنَّه إذا لم يحصل العبد لا يوزع عليه الثمن، يعني لا يسترد من البائع، لا أنَّه ليس بازاء الآبق شيء حتى لو تلف قبل القبض، أو كان لمالك آخر.

ثم اعلم أنَّه لا اشكال في أنَّ الأوصاف والشروط لا تقابل في المعاملة بعوض، بمعنى أنَّه ليس شيء من الثمن بازائها، بل المقابلة إنَّما هي بين العينين وإنْ كانت هذه أيضاً موجبة لزيارة القيمة أو نقصانها، ولزيادة الثمن ونقصانه، فهيئة الاجتماع وإنْ كانت في بعض الاشياء دخيلة في زيادة الثمن، إلا أنَّها لا يقسّط عليها الثمن، فتخلّفها لا يوجب إلا الخيار كما في سائر الأوصاف والشروط، وهذا واضح حسبما بيّنه المصنّف أيضاً.

ثم إنَّ الهيئة الاجتماعية قد لا تكون موجبة لشيء من الزيادة والنقيصة، وقد تكون موجبة للزيادة في الطرفين بالسوية، وقد تكون موجبة لهما فيهما بالاختلاف، بأنْ يكون قيمة أحدهما مع الانضمام خمسة، ولا معه أربعة، وقيمة الأخر معه ستة، ولا معه أربعة، وقد تكون موجبة للنقيصة فيهما بالسوية أو بالاختلاف، وقد تكون موجبة للزيادة في أحدهما، والنقيصة في الآخر.

إذا عرفت [هذا] تعرف أنَّ الأولى في كيفية التقسيط أنْ يقوّم كل منهما منفرداً، لكن بملاحظة حال الانضمام، لا في حال الانفراد، ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبة إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين؛ إذ لو قوّم كل منهما منفرداً لا في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صور الاختلاف، مثلاً إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام، والآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنّف ﷺ ـ فيما إذا قوّم أحدهما منفرداً باثنين، ومنضماً بأربعة، والآخر منفرداً بأربعة، ومنضماً باثنين ـ أنْ يكون لمالك الأول ثلث الثمن، وللمالك الثاني ثلثاه، مع أنَّ قيمة مال الأول في حال الانضمام ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال، فينبغي أنْ يكون للأول الثلثان، وللثاني الثلث، وهكذا في سائر صور الاختلاف، وأما على ما ذكرنا فلا يلزم نقص في مورد من الموارد.

وبالجملة: فكما أنّ طريق الشرائع والقواعد واللمعة لا يتم إلا في صورة عدم مدخلية الهيئة لشيء من الزيادة أو النقصان، كذا طريق المصنّف‌ﷺ لا يتم إلا في غير صور الاختلاف، بأنْ كانت موجبة للزيادة بالسوية أو النقصان بالسوية، هذا.

ويمكن ارجاع ما ذكره الجماعة أيضاً إلى ما ذكرنا، بأنْ يكون مرادهم من تقويم أحدهما بعد تقويم المجموع تقويمه منفرداً، ولكن بوصف الانضمام، وكيف كان فالطريق المستقيم في جميع الصور ما ذكرنا.

٤٥٩ ـ **قوله‌ﷺ: (كان الحكم كما في القيمي** ...الخ)[١].

أقول: ذلك لامكان اختلافهما في القيمة من حيث الجودة والرداءة، بل من حيث تعلّق الاغراض بمال هذا أو ذاك، أو من حيث القلة الكثرة لكن هذين الأخيرين يمكن فرضهما في الحصة المشاعة أيضاً، ولعله لذا قال «فافهم».

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٠.

❑ مسألة: لو باع من له النصف النصف مشاعاً

٤٦٠ ـ **قوله**ﷺ: **(لو باع من له نصف الدار** ...الخ)[١].

أقول: لا بأس بالاشارة إلى ما يقتضيه التحقيق عندي على وجه الاجمال:

اعلم أنّ التكلّم في هذه المسألة في مقامين:

أحدهما: فيما إذا علم كون مراد البائع من النصف شيئاً معيناً من نصفه المختص أو المشاع في الحصتين، ولم يعلم التعيين، فيكون الغرض تشخيص مراده.

الثاني: فيما إذا علم أنّه لم يقصد إلا مفهوم النصف من غير نظر إلى كونه من ماله أو من الحصتين، بأنْ علم عدم إلتفاته إلى شيء وراء مفهوم اللفظ.

والظاهر أنّ محل كلام من تعرّض للمسألة من الفقهاء المقام الأول، لكن المصنّفﷺ وصاحب الجواهر حملا محل كلامهم على المقام الثاني، وهو بعيد في الغاية؛ إذ عليه لا يبقى محل للتمسك بظهور المقام أو غيره في مقابل ظهور النصف في الاشاعة؛ إذ الرجوع إلى الظهورات إنّما هو لتشخيص المرادات، والمفروض أنّ المتكلم لم يقصد خصوصية ملكه أو ملك غيره، وإنّما قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس إلا الاشاعة.

ودعوى: أنّ بناءهم على العمل بالظهورات النوعية ولو مع العلم بعدم إلتفات المتكلم إلى الخصوصيات كما يظهر من مراجعة كلماتهم في باب الوقف والوصية والحلف والنذر ونحوها؛ حيث إنّهم يقولون إنّ الظاهر من اللفظ الفلاني كذا وكذا، أو ينصرف إلى كذا أو لا، فتراهم يقولون لو حلف أنْ لا يدخل الدار هل ينصرف إلى كذا أو لا، مع أنّ المفروض أنّ المتكلم لم يتوجه ذهنه إليه أبداً.

مدفوعة: بأنّ المفروض في تلك الفروع القصد إلى مفهوم اللفظ، فيكون قصداً اجمالياً إلى جميع ما يندرج فيه من الخصوصيات، وهذا بخلاف المقام فانّ

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢١.

المفروض أنّه لم يقصد خصوصية ملكه أو الحصة المشاعة في الملكين، فكيف يمكن الحمل على الأول مع عدم قصده؟! ومن المعلوم أنّ مقتضى التعليق على مفهوم النصف ـ من غير لحاظ الخصوصية ـ الاشاعة.

وأما دعوى: وجوب العمل بهذا الظهور تعبداً من جهة أنّه أوجد العقد، فيجب عليه العمل به؛ لعموم وجوب الوفاء.

ففيه: ما سيأتي من أنّه إنّما يجب الوفاء على من له العقد، لا على من عقد، ومن له العقد في الفرض هو وشريكه بعد عدم قصد الخصوصية.

وكيف كان فأما المقام الأول فانْ كان مع فرض عدم معلومية توارد الايجاب والقبول على شيء واحد، بأنْ لم يعلم كون قصد المشتري موافقاً لقصد البائع فالظاهر البطلان، فاذا قال «بعتك نصف الدار» ولم يعلم المشتري أنّ قصده خصوص نصفه أو نصف الدار على سبيل الاشاعة بين الحصتين، فلا يرد قبوله على ما ورد عليه الايجاب.

وبعبارة أخرى لا بدّ من تعيين أحد الأمرين قبل البيع، ومع عدمه يبطل لمكان عدم التعيين عندهما.

إلا أنّ يقال: إذا فرض معلومية كون قصد المشتري إلى خصوص حصة البائع، والمفروض أنّ ظهور المقام يقتضي كون مراد البائع أيضاً ذلك فيكونان واردين على محل واحد، لكن هذا يختص ببعض الصور.

وإنْ كان مع فرض معلومية تواردهما على محل واحد، وكون مقصدهما واحداً، وكان الشك في تعيين ذلك بأنْ اختلفا فيه بعد اتفاقهما على كون الصادر منهما هو البيع الصحيح فهنا يصح الرجوع إلى الظهورات في تشخيص ما وقع عليه العقد بحسب إرادتهما.

والظاهر أنّ محل كلام من تعرّض للمسألة هو ذلك حسبما عرفت، والمعروف بينهم ترجيح ظهور المقام في حصته المختصة على ظهور النصف في الاشاعة، بل في الجواهر أنّه صرّح به جميع من تعرّض لذلك، قال (بل عن غصب جامع

المقاصد[١] والمسالك[٢] ارسال المسلمات، بل عن الثاني منهما نسبته إلى الأصحاب، ولا ينافي ذلك احتمال الاشاعة في النصيبين في جملة من الكتب، ضرورة عدم منافاة ذلك للظاهر)[٣] انتهى.

وهو ﷺ وإنْ جعل ـ كما عرفت ـ محل كلامهم في المقام الثاني، لكنك عرفت ما فيه، بل ينبغي القطع بأنّ مرادهم هذا المقام، أعني ما علم كون مقصدهما شيئاً مخصوصاً ولم يعلم التعيين.

وعلى أي حال فالتحقيق هو ترجيح ظهور مقام البيع في إرادته حصته المختصة في مقابل الاشاعة بينه وبين الأجنبي، وكذا إذا كان وكيلاً أو ولياً في النصف الآخر أيضاً فانّه يحمل على خصوص ماله، لا المشاع بينه وبين الموكل، وكذا إذا لم يكن مالكاً أصلاً، وإنّما كان وكيلاً أو ولياً في النصف، فانّه يحمل على هذه الحصة، لا المشاع بين الشريكين، وذلك لأقوائية هذا الظهور من ظهور النصف في الاشاعة.

بل التحقيق: أنّه لا منافاة بينهما أصلاً؛ لأنّ الأول حاكم على الثاني؛ لأنّ ظهور النصف في الاشاعة إنّما يقتضي الاشاعة في الحصتين مع عدم ظهور يقتضي الاختصاص في ظهور العام مقتضٍ له، فالاشاعة في الاشاعة من جهة الاطلاق، ومع ظهور التقييد من المقام يجب الحمل عليه كما في سائر المطلقات إذا كان هنا قرينة على انصرافها إلى بعض الافراد.

ودعوى أنّ مرجع الشك إلى أنّه هل قصد الخصوصية أم لا، والاصل عدمه، مدفوعة بأنّ الظهور المفروض رافع للشك، فمعه لا وجه للرجوع إلى الأصل.

وبالجملة: لا فرق في وجوب العمل بهذا الظهور بين ما لو كان للمتعلق ظهور في حد نفسه كما في المقام؛ حيث إنّ النصف الذي هو متعلّق البيع في حد نفسه ظاهر في المشاع في الدار الذي مقتضاه الاشاعة في النصيبين أيضاً، وبين ما لو كان

---

(١) جامع المقاصد ٦: ٣٤١.
(٢) مسالك الافهام ١٢: ٢٥٢.
(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٦.

مجملاً في حد نفسه كما في قوله «بعتك غانماً» إذا كان الغانم مشتركاً لفظياً بين عبده وعبد غيره، غايته أنّه مع الاغماض عن هذا الظهور ـ أعني ظهور مقام البيع ـ يبقى مجملاً في الثاني دون الأول، وإلا فلا فرق بينهما في وجوب الرجـوع إلى الظهور المفروض.

ومن ذلك يظهر أنّ ما نقله المصنّف‌ﷺ عن فخر الدين من مقايسة ما نحن فيه على ما أجمعوا عليه من حمل البيع على عبده دون عبد غيره فيما لو قال بعتك غانماً مع فرض اشتراكه بينهما في محله، فلا وجه لها أورده عليه من الفرق؛ إذ قد عرفت أنّه غير فارق.

ثم لا فرق في حكومة الظهور المذكور على ظهور النصف بين ما لو قـلنا إنّ انشاء البيع ظاهر في البيع لنفسه، وبعبارة أخرى التمليك ظاهر في الأصالة بحسب المقام، أو أنّ النصف في مقام التمليك ظاهر في نصفه المختص.

والحاصل: أنّه لا فرق في الترجيح والتحكيم بين القول بأنّ الظهور إنّما هو للفعل الذي هو التمليك، أو للمتعلق الذي هو لفظ النصف؛ إذ على التقدير الثاني أيضاً نقول إنّ ظهورها بملاحظة مقام التصرف حاكم على ظهوره في حد نفسه، كما في سائر المطلقات الظاهرة في حد أنفسها في الاطلاق، المنصرفة إلى فرد مخصوص بملاحظة قرينة المقام، وهذا واضح جداً.

فما يظهر من المصنّف‌ﷺ من الفرق، وأنّ التحكيم على ظـهور النـصف فـي الاشاعة إنّما هو بالنسبة إلى ظهور الفعل دون ظهور المتعلّق، أعني ظهور النصف بقرينة المقام؛ حيث قال (فهل هو كالأجنبي وجهان مـبنيان عـلى أنّ المـعارض ...الخ) لا وجه له كما سيأتي الاشارة إليه، هذا.

وأما ما احتمله في الجواهر[1] من أنّه يرجع إليه في تعيين ما قصده؛ حيث إنّه لا يعلم إلا من قبله، وأنّه أعرف بنيته.

ففيه *أولاً*: أنّ المفروض أنّ المشتري منازع معه، وهو أيضاً أعرف بنيته.

---

(١) جواهر الكلام ٣٢: ٣١٦.

وثانياً: أنَّ الرجوع إلى هذه القاعدة فرع عدم الظهور الموجب للتعيين، وأما معه ـ كما في المقام ـ فلا.

وأما المقام الثاني: فالحق فيه هو الحكم بالاشاعة؛ وذلك لما عرفت من عدم المعارض لظهور النصف في الاشاعة؛ لأنَّ المفروض هو العلم بأنَّه لم يقصد إلا مفهوم النصف، وأنَّه لم يلتفت إلى كونه من ماله المختص أو المشترك بينه وبين غيره، والظهورات إنَّما يرجع إليها لتعيين المراد الواقعي المجهول لدينا، ومع العلم بعدم كون مراده نصفه المختص لا ظهور يرجع إليه ويكون معارضاً.

ألا ترىٰ أنَّه لا إشكال في عدم الحمل على خصوص حصته فيما لو باع نصف الدار مع اعتقاد كونه مالكاً أصلاً فبان كونه مالكاً له، ومن المعلوم عدم الفرق بينه وبين المقام؛ إذ لا يتفاوت الحال في عدم الظهور بين أنْ يكون جاهلاً بكونه مالكاً، وبين ما لو كان عالماً وفرض عدم التفاته إلى ماله ومال غيره، بأنْ يكون قصده مجرد تمليك نصف الدار من حيث إنَّه دار معين، وهذا واضح جداً، هذا.

وأما الحمل على حصته المختصة تعبداً من حيث إنَّه ملّك كلياً ملك مصداقه، كما لو باع كلياً سلفاً حسبما بيّنه المصنّف‍ أخيراً.

ففيه ما سيأتي من منع كونه كلياً أولاً، ومنع كون مقتضاه ذلك ثانياً، فإنَّ أمر الكلي بيده، فله أنْ يعينه في فرد آخر غير حصته المختصة، غايته أنَّه يجب عليه إرضاء مالك النصف الآخر واجازته، مع أنَّ المدّعى تعينه في حصته من أول الأمر، مع أنَّ وجوب الوفاء كما عرفت إنَّما هو بالنسبة إلى من له العقد، لا على من عقد؛ ولذا لا يجب على الفضولي ارضاء المالك.

فظهر مما بيّنا أن المتعين هو الاشاعة، فإنَّ تعليق البيع على النصف المضاف إلى الدار التي هي عين خارجية يقتضي تعلقه بكل جزء على سبيل الاشاعة، من غير نظر إلى أنَّه مال هذا أو ذاك، وليس له مالك، ولازم هذا اشاعته في الحصتين كما في الاقرار من غير تفاوت، هذا.

وربما يحتمل بطلان البيع في المفروض ـ كما أشار إليه في الجواهر[1] أيضاً ـ؛ وذلك لعدم تعيين المبيع، أو لعدم تعيين المالك، هذا.

وقد مرّ سابقاً في مسألة اشتراط تعيين الموجب والقابل أنّ بعض المحققين حكم باشتراط تعيين المالك في بعض الصور، وهو ما إذا توقف تعين المالك على التعيين حال العقد دون بعض، كما إذا كان العوضان معينين، وذكر المصنّف رحمه الله هناك أنّ اللازم إنّما هو تعيين المالين لا تعيين المالكين، وفي الصورة الأولى الوجه في لزومه هو ذلك، فانّ مع عدم تعيين المالك لا يتعين البيع أو الثمن، فالسر في وجوبه إنّما هو هذا، إلا أنْ يكون تعيين المالك ـ من حيث هو ـ شرطاً.

وكيف كان ففي المقام إذا كان المفروض أنّ المبيع هو النصف من الدار، وهو محتمل لأنْ يكون حصته المختصة أو المشاع بين الحصتين، فلا يكون المبيع معيناً، وعلى قول ذلك البعض لا يكون المالك معلوماً، وعلى أي حال يلزم أنْ يكون باطلاً؛ ولذا لو فرضنا أنّه باع مناً من الحنطة في الذمة، ولم تعين أنّها في ذمته أو ذمة شخص آخر معين، بأنْ علم قصده إلى أحد الأمرين، يكون البيع باطلاً، ومجرد كونه هو العاقد لا يستلزم كون ذلك في ذمته؛ لأنّ العاقد قد يكون مالكاً، وقد يكون وكيلاً، وقد يكون فضولياً، فمع عدم إرادة كون المبيع في ذمة شخص معين لا وجه للحكم بالصحة.

ولكن الاحتمال المذكور ضعيف؛ لأنّ المقام ليس من باب الكلي المردد بين الافراد ليحتاج إلى التعيين؛ وذلك لأنّ النصف وإنْ كان كلياً من حيث الانفراد والاشاعة، فالمفروض فرد منه، والمشاع فرد آخر، إلا أنّ النصف المشاع ليس كلياً، والمفروض أنّ المبيع هو النصف المشاع من الدار، وإنّما الكلام في أنّه مشاع في الحصتين أيضاً أم لا.

ووجه عدم كونه كلياً هو أنّه إذا أضيف إلى الدار الخارجية مثلاً فكل جزء يفرض من أجزائها يكون نصفه مبيعاً، وليس تحته أفراد فعلية كثيرة، نعم إذا لوحظ

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٧.

مع ذلك كله ملكاً لهذا أو ذاك يحصل تعدد الافراد، فتعدده إنّما هو فرع الاعتبار الزائد، وإلا فمع عدم ملاحظة شيء إلا النصف المضاف إلى الدار ليس له تعدد، كما في الاقرار، فالتعدد إنّما يجيء من قبل الاعتبار الزائد الذي هو ملكية هذا وذاك، أو مفهوم غيرها من الاعتبارات، فليس نصفه المختص والنصف المشاع في الحصتين فردين واقعيين للنصف المشاع المضاف إلى الدار من حيث هو.

ألا ترىٰ أنّه لا فرق في ذلك بين ما لو كان المالك واحداً أو متعدداً، أو لم يكن له مالك أصلاً في كيفية النصف المضاف إلى الدار من حيث هو، ومن المعلوم أنّه لا تعدد فيه في صورة عدم المالك أو وحدته، فكذا مع تعدده وعدم ملاحظة هذا الاعتبار.

والحاصل: أنّه إذا كان المفروض عدم القصد إلا إلى مفهوم النصف المشاع المضاف إلى الدار لا يكون هناك تعدد بحسب الواقع، نعم مع وصف ملاحظة الاعتبارات يمكن أنْ يتعدد حسب تعددها، كما أنّه فيما إذا كان المالك واحداً أيضاً يمكن فرض التعدد باعتبار من الاعتبارات؛ ولذا لم يستشكل أحد من مسألة الاقرار بأنّه من باب الاقرار بالكلي، فلا بدّ من الرجوع إليه في تعيينه، أو من باب الاقرار بالمجمل، بل حملوا على الاشاعة من غير تأمل، وعلله بعضهم بأنّه من قبيل الاخبار، بأنّ نصف هذا الدار كذا، فانّه لا دخل له بكون المالك من هو فنقول كذا الحال بالنسبة إلى مقام البيع إذا فرض عدم قصده إلى أزيد من ذلك، فالاخبار والانشاء في ذلك سواء، إلا إذا علم أنّه قصد أمراً زائداً، فحينئذٍ يرجع إلى الظهورات لتعيينه، وإذا علم إرادة خصوصية مجملة يحكم ببطلانه.

ومن ذلك ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين بيع منٍّ من الحنطة أو نحوه حالاً أو سلماً، فانّه من باب الكلي، فلا بدّ من تعيين كونه في ذمته أو ذمة غيره، وإلا كان باطلاً، وعلى فرض عدم اعتبار التعيين حين البيع وكفاية تعليقه بالكلي المذكور يكون أمر التعيين بيده، فاذا كان له أفراد عديدة، من حيث ذمته أو ذمة غيره له أنْ يعينه بتمامه في ذمة غيره أو في ذمة نفسه أو بالتشريك على التساوي أو

الاختلاف، ولا وجه لجعله في ذمته بتمامه؛ إذ قد قرر في محله أنَّ البائع مخير في أفراد المبيع، فله تعيين أيّها شاء.

ومن هنا تعلم أنَّه لو كان المقام من باب الكلي، وكان النصف المشاع كلياً، ولم نقل ببطلانه لم ينتج ما ادّعاه المصنّف‌ﷺ أخيراً من الحمل على حصته المختصة، بل كان البائع مخيراً فيه، وكان له أنْ يجعله في نصف الغير بتمامه كما أشرنا إليه آنفاً.

فظهر مما ذكرنا أنَّ التحقيق في المقام الثاني هو الحكم بالصحة مع الحمل على الاشاعة كما في باب الاقرار، وإنْ حكم الفقهاء بالحمل على حصته المختصة؛ لأنَّ كلامهم إنَّما هو المقام الأول، لا في هذا المقام، ومن العجب حمل المصنّف‌ﷺ كلماتهم على هذا المقام، وأعجب منه اعمال الظهورات المذكورة، مع أنَّها لا محل لها فيه أصلاً، وعلى فرض الرجوع إليها لا إشكال في حكومتها على ظهور النصف في الاشاعة، من غير فرق بين جعل الظاهر لفظ النصف في مقام البيع، أو الفعل الذي هو التمليك كما عرفت، فلا وجه لتخصيصه الحكومة بالثاني، فتدبّر.

ثم إنَّه إذا كان ولياً أو وكيلاً في النصف، أو أجنبياً في النصف الآخر، فالحال كما مرَّ من أنَّه في المقام الأول يحمل على النصف الذي له التصرف فيه، وفي المقام الثاني يحمل على الاشاعة على ما هو المختار، وأما إذا كان مالكاً للنصف أو ولياً أو وكيلاً في النصف الآخر فحال المقام الثاني كما مرَّ، وأما في المقام الأول فيشكل الحمل على خصوص ماله؛ إذ مقام البيع لا يقتضي أزيد من أنَّه تصرف في ما له التصرف فيه، وأما كونه في ملكه أو في ملك المولّى عليه أو الوكيل فلا ظهور يعين أحدهما.

ويحتمل بعيداً حمله على خصوص ماله، ولا يبعد اختلاف المقامات والاشخاص في ذلك، فقد يكون الغالب في تصرفاته التصرف في مال الغير بالولاية أو الوكالة، وقد يكون بالعكس فيحمل على ما هو الغالب.

ودعوى أنَّ التصرف في مال الغير يحتاج إلى قصده، والأصل عدمه، وفيه أنَّ

المفروض أنّه قصد إما نفسه أو غيره، فكما أنّ الأصل عدم الثاني، فكذا الأصل عدم الأول، فهو معارض بالمثل، فتدبّر.

ثم هذا كله فيما كان مالكاً للنصف المشاع أو وكيلاً أو ولياً فيه، وأما إذا كان مالكاً للنصف المفروز فباع النصف، ولم يعلم أنّه أراد نصفه المختص المفروز [أو] المشاع المشترك، التحقيق أنّه يحمل على نصفه المختص تحكيماً لظهور المقام، هذا بالنسبة إلى المقام الأول.

وأما بالنسبة إلى المقام الثاني، كأنْ علم أنّه لم يقصد شيئاً من الأمرين، وإنّما قصد مفهوم النصف فالتحقيق أنّ البيع فيه باطل؛ وذلك لأنّ النصف كلي من حيث الافراز والاشاعة، فلابدّ من قصد إحدى الخصوصيتين، ومع فرض العدم فالبيع باطل، بل نقول إذا كان كل الدار له فباع النصف من غير قصد إلى الافراز والاشاعة يكون بيعه باطلاً؛ لمكان جهالة المبيع، فتدبّر.

٤٦١ ـ **قوله** ﴿: **(وإنْ لم يكن له هذا الظهور** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنّ مع فرض عدم كون المقصود إلا مفهوم اللفظ يكون المقام كباب الاقرار من غير فرق أصلاً؛ لما عرفت من أنّه مع هذا الفرض يكون كما لو باع النصف باعتقاد أنّ تمام الدار للغير، ومن المعلوم حينئذٍ عدم الحمل على نصفه المملوك له واقعاً؛ لعدم ظهور المقام حينئذٍ.

٤٦٢ ـ **قوله** ﴿: **(لأنّ بيع مال الغير لا بدّ** ...الخ)[٢].

أقول: فيه منع واضح؛ لأنّه قد يكون قصده إلى بيع هذا الموجود من غير نظر إلى أنّه ماله أو مال غيره، وقد يقصد بيعه عن مالكه كائناً من كان، فتدبّر.

٤٦٣ ـ **قوله** ﴿: **(إذ ليس للفظ البيع هنا ظهور** ...الخ)[٣].

أقول: وقد عرفت أنّ الظاهر أنّ محل كلام الفخر والعلماء المقام الأول، وحينئذٍ

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢١.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢١.
(٣) كتاب الكاسب ٣: ٥٢٢.

يكون القياس في محله كما بيّنا، فلا تغفل.

٤٦٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم إنَّه لو كان وكيلاً** ...الخ)[١].

أقول: يعني أنْ يكون مالكاً للنصف أو وكيلاً أو ولياً في النصف الآخر، والمراد من كونه كالأجنبي كونه مثله في جريان الوجهين السابقين، والمراد من عدم كونه مثل تعيّن أحد الاحتمالين، وهو احتمال الاشتراك، فأحد الوجهين في قوله (وجهان) كونه كالأجنبي في جريان الوجهين، والآخر تعين الاشتراك.

٤٦٥ ـ **قوله**ﷺ: **(مبنيان على أنَّ** ...الخ)[٢].

أقول: يعني إنْ جعلنا المعارض لظهور النصف في الاشاعة الظهور الأول المذكور في الفرض الأول، وهو ظهور لفظ النصف الذي هو المبيع في نصفه المختص من حيث كونه في مقام التصرف، ففي هذا المفروض يتعين الاشتراك، وإنْ جعلنا المعارض الظهور الثاني، وهو ظهور التمليك في الأصالة ـ يعني في البيع لنفسه ـ فهذا الفرض أيضاً كالأجنبي، يعني كالسابق في جريان الوجهين والاحتمالين، والأقوى الأول، يعني الأقوى كون المعارض هو الظهور الأول، فيتعين الاشتراك في هذا الفرض.

وحاصل المطلب: أنّا ذكرنا أنَّ المعارض لظهور النصف في الاشاعة أمران على سبيل منع الخلو، فانْ تمَّ كلاهما، بأنْ كان الثاني أيضاً صالحاً للمعارضة ففي هذا الفرض أيضاً يجري الاحتمالان، لأنَّ المعارض الأول وإنْ لم يكن موجوداً فيه، إلا أنَّ الثاني كافٍ في المعارضة، ولازمه التوقف لمكان وجود الاحتمالين.

وإنْ لم يتم الثاني لم يصلح له للمعارضة فيتعين الاشتراك هنا، وإنْ قلنا بالاحتمالين هناك؛ وذلك لأنَّ المعارض الأول ليس موجوداً في هذا الفرض؛ لأنَّ المفروض أنّه في النصف الآخر أيضاً مالك للتصرف، ومسلّط عليه من حيث كونه مأذوناً فيه من المالك أو من الشارع، فلا يكون مقام التصرف مقتضياً للحمل على

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

نصفه المختص؛ لأنَّ مناطه أنَّ المتصرف إنَّما يتصرف في ما له أنْ يتصرّف فيه، والمفروض أنَّ له التصرف في كلا النصفين؛ فلا وجه لحمله على خصوص نصفه المختص به، والمعارض الثاني ليس صالحاً وقابلاً للمعارضة؛ لأنَّ المفروض أنَّ ظهور تلك التمليك في الأصالة من باب الاطلاق، فهو محكوم بالنسبة إلى ظهور النصف في الاشاعة؛ لأنَّه وإنْ كان أيضاً من باب الاطلاق، إلا أنَّ اطلاق القيد ـ وهو النصف ـ مقدم على اطلاق المقيد ـ وهو البيع والتمليك ـ .

وبعبارة أخرى ظهور المتعلق مقدم على ظهور الفعل، وأما الظهور الأول ـ وهو ظهور النصف في مقام التصرف ـ فحيث كان في عرض ظهور النصف في الاشاعة؛ لأنَّ كليهما ظهور القيد، وظهور المتعلق، غايته أنَّ أحدهما ظهوره بملاحظة المقام، والآخر ظهوره في حد نفسه، فلا حكومة لأحدهما على الآخر.

والحاصل: أنَّ في هذا الفرض الظهور الصالح للمعارضة غير موجود، والظهور الآخر الموجود غير صالح؛ لمكان محكوميته بالنسبة إلى ظهور النصف في الاشاعة، فيجب العمل به والحكم بالاشتراك، بخلافه في الفرض الأول فانَّ ظهور الأول موجود أيضاً، وهو صالح للمعارضة، وإنْ كان الثاني غير صالح، فلا يبقى ظهور النصف في الاشاعة سليماً؛ فيدور الأمر بين الاحتمالين، هكذا ينبغي فهم عبارة الكتاب، والله الموفق للصواب.

لكن قد عرفت مما ذكرنا سابقاً أنَّ ظهور النصف في مقام التصرف وإنْ كان في عرض ظهور النصف في الاشاعة، إلا أنَّه مقدّم عليه، فالأقوى في الفرض الأول الحمل على نصفه المختص، بخلاف الفرض الثاني؛ لعدم تحقق ذلك الظهور حسبما قررنا.

ثم لا يخفى أنَّ ما ذكره من أنَّ ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق على اطلاقه ممنوع، بل قد يعكس الأمر كما اعترف به في مثل «لا تنقض اليقين»؛ حيث قدم ظهور النقض فيما له استحكام واستمرار على ظهور المتعلق، وهو اليقين؛ حيث إنَّه عام لجميع الأفراد من اليقين الذي له مقتضٍ للبقاء وغيره، ولأجله حكم

باختصاص الحجية بالشك في الرافع، وكذا في مثل «لا تضرب أحداً» فانَّ ظهور الضرب في الاختصاص بالاحياء مقدم على ظهور لفظ أحد في العموم بالنسبة إلى الأموات أيضاً، فالمدار على قوة أحد الظهورين، وهي مختلفة بحسب المقامات، فتدبّر.

٤٦٦ ـ **قوله**ﷺ: **(وما ذكره الشهيد الثاني** ...الخ)[1].

أقول: حاصله أنَّه إنْ قيل إنَّ المعارض لظهور النصف في الاشاعة ليس منحصراً في الأمرين، بل هنا ظهور آخر معارض له أيضاً، بل وارد عليه، وهو ظهور إرادة المدلول، فانَّ اللازم من الحمل على الاشاعة والحكم بالفضولية بالنسبة إلى الربع في الفرض الأول عدم قصد المدلول على ما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ، ومقتضى ظاهر الكلام إرادة المدلول، فلا بدَّ أنْ لا يحمل على الاشتراك والاشاعة، وهذا الظهور مقدم على ظهور النصف في الاشاعة، فكون الظهور المتقدم محكوماً لا ينفع في الحمل على الاشاعة؛ لمكان وجود هذا الظهور الوارد.

قلنا إنَّ هذا الظهور إنَّما ينفع في الفرض الأول؛ حيث إنَّ الأمر دائر بين الحمل على حصته المختصة وعلى الاشاعة الموجبة لكونه فضولياً في نصف النصف، وأما في هذا الفرض فلا يكون من الفضولي على أي حال ؛ لأنَّ المفروض أنَّه مالك للنصف ومأذون في النصف الآخر، فلا يلزم من الحمل على الاشاعة مخالفة ظهور إرادة المدلول، فتدبّر.

هذا كله مع الاغماض عما في كلام الشهيد من المنع، وإلا فلا حاجة إلى هذا الجواب كما هو واضح.

٤٦٧ ـ **قوله**ﷺ: **(فالأقوى فيهما** ...الخ)[2].

أقول: أي في الوكيل والولي، وأما الفرض الأول فلم يرجح فيه شيئاً، لكن يظهر

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٢.

من قوله (إلا أنَّ يمنع ظهور النصف ...الخ) أنَّ المختار فيه أيضاً الحمل على حصته المختصة تحكيماً لظهور المقام، أو من جهة أنّه ملّك كلياً يملك مصداقه، فتدبّر.

٤٦٨ ـ **قوله**ﷺ: **(إلا أنَّ يمنع ظهور** ...الخ)[١].

أقول: حاصله أنَّ حمل النصف على ظاهره من الاشاعة لا ينافي حمله على نصفه المختص؛ إذ مقتضاه ليس إلا إرادة النصف المشاع في الدار من حيث إنّه عين خارجي، وأما الاشاعة من حيث ملاحظة حقي المالكين فلا يظهر منه، فلا ينافيه حمله على خصوص حصة البائع؛ لأنّه أيضاً نصف مشاع، والحاصل أنَّ النصف ظاهر في الاشاعة في الدار، لا في الاشاعة في الحصتين.

٤٦٩ ـ **قوله**ﷺ: **(فقد ملّك كلياً** ...الخ)[٢].

أقول: قد عرفت أنَّ النصف المشاع ليس كلياً إذا لم يلاحظ معه اعتبار ملكية لمالكين كما هو المفروض، كيف ؟ وإلا كان اللازم بطلان البيع، وعلى فرض صحته كان اللازم أنْ يكون مخيراً في تعيينه في أي فرد شاء، حصته أو حصة شريكه، أو التشريك بالتساوي أو الاختلاف، وهذا واضح جداً كما عرفت مفصلاً.

٤٧٠ ـ **قوله**ﷺ: **(ولعله لما ذكرنا** ...الخ)[٣].

أقول: يعني من الحمل على نصفه المختص من حيث إنّه لا ينافي ظهور النصف في الاشاعة بالنسبة إلى مجموع الدار، فيكون من باب تمليك كلي كان مالكاً لمصداقه، فيجب عليه دفعه.

ثم لا يخفى أنَّ مناسبة مسألة هبة نصف الصداق للمقام يمكن أنْ يقرر على وجهين:

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٣.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٣.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٣.

أحدهما: أنّ مقتضى حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي أنّهم حملوا هبة الزوجة للنصف على نصفها المختص بها، أي النصف المستقر لها بمجرد العقد، لا على المشترك بينه وبين النصف الآخر المتزلزل، الذي لا يستقر إلا بالدخول، وإلا كان مقتضى القاعدة أنْ يحكموا باستحقاق الزوج نصف النصف الباقي وقيمة الربع الذي أتلفته عليه بالهبة.

لكن يرد على هذا أنّ المفروض كون تمام الصداق للمرأة قبل الطلاق، غايته تزلزله بالنسبة إلى النصف، وهذا لا يقتضي كونها كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك النصف، فلا معنى للحمل على خصوص النصف المستقر، فحكمهم باستحقاق الزوج للنصف الباقي ليس كاشفاً عن شيء؛ إذ لا معنى للترديد بين حمله على خصوص حصتها أو الاشاعة بعد فرض كون المجموع لها.

الثاني: أنْ يقال إنّ حكم الشارع برد نصف الصداق بالطلاق في قوة تمليك الزوجة نصف الصداق للزوج، فيكون من باب من ملّك كلياً ملك مصداقه، فانّها مالكة لمصداق النصف، فيكون نظير المقام من هذه الجهة، لا من جهة الحمل على نصفها المختص في مقابل الحمل على الاشاعة.

وهذا الوجه أنسب بقوله‌ﷺ (وليس إلا من جهة صدق النصف على الباقي فيدخل في قوله تعالى) إذ على الوجه الأول كان المناسب أنْ يقول «فانّه بعد حمل الهبة على نصفها المختص بها يبقى الباقي للزوج»، ولا يناسبه التعليل بصدق النصف على الباقي كما لا يخفى.

ولكن الوجه الأول أنسب بالتنظير، وإنْ كان يرد عليه ما ذكرنا، فتدبّر.

٤٧١ ـ قوله‌ﷺ: (لكن الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه ...الخ)[1].

أقول: يعني هذا التوجيه؛ وذلك لأنّ مقتضاه جواز دفع الباقي، لا وجوبه وكون الزوج مستحقاً له، مع أنّهم عللوا استحقاقه بكون مقدار حقه باقياً، فهذا التعليل غير مناسب لهذا التوجيه، ولذا لا نقول في باب القرض باستحقاق المقرض للعين

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٤.

المقرضة، بل نقول ويجوز للمقرض أنْ يدفعها إليه، وأنّه يجب عليه القبول لو دفعها إليه .

وأما قولهﷺ (فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام) فلا يخلو عن حزازة؛ إذ بعد عدم إرادة هذا التوجيه تعين كون حكمهم من جهة الحمل على حصتها المختصة؛ فيكون مناسباً للمقام، لا منافياً له، إلا أنْ يكون مرادهﷺ أنَّ هذا التوجيه وإنْ كان بعيداً إلا أنّه مع ذلك محتمل، وليس مقطوع العدم، فلا يخلو حكمهم عن منافاة لهذا المقام؛ لمكان هذا الاحتمال الذي معه يكون مناسباً للحمل على الاشاعة المنافية للمقام، هذا.

ويحتمل أنْ يكون مراده من قوله «هذا الوجه» الوجه الأول الذي حمل عليه كلامهم، وهو الحمل على حصتها المختصة، يعني أنَّ الظاهر أنَّ مرادهم ليس ما ذكرنا من إرادة الحمل على حصتها؛ حيث قلنا (ولعله لما ذكرنا ذكر جماعة ...الخ) فانّهم عللوا استحقاق الزوج للنصف ببقاء مقدار حقه، وهذا مناسب للحمل على الاشاعة، وكون المراد التوجيه الذي ذكرنا في قولنا (وإنْ كان يمكن ...الخ)؛ إذ على الأول كان المناسب أنْ يعللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء حقه، لا ببقاء مقدار حقه، وعلى هذا فمعنى قوله (فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام) واضح، هذا ولكن هذا الاحتمال بعيد عن العبارة، فتدبّر.

٤٧٢ ـ قولهﷺ: (ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا ...الخ)[١].

أقول: التحقيق أنَّ ما ذكروه في باب الصلح لا دخل له بالمقام؛ حتى يكون منافياً له، توضيحه يتوقف على الاشارة إلى تلك المسألة اجمالاً فنقول:

إذا كانت دار مثلاً في يد رجل، وادّعى كل واحد من اثنين نصفها المشاع، فاما أنْ يكونا معترفين بالشركة فيها على الاشاعة أو لا، وعلى الأول إما أنْ يكون ذلك بسبب واحد موجب للشركة كالارث أو الشراء صفقة ونحو ذلك، أو يدعي كل واحد منهما سبباً غير سبب الآخر.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٤.

فعلى الثالث لا إشكال في أنّه إذا أقرّ المدعى عليه لأحدهما لا يشاركه الآخر أصلاً، فله حينئذٍ الصلح معه ومع غيره، ويختص بعوضه، بل لو أعطاه النصف أيضاً لا يشاركه الآخر.

وعلى الثاني أيضاً كذلك، نعم في هذه الصورة إذا أعطاه النصف شاركة الآخر من جهة اعترافه بأنّه أيضاً شريك في الدار، وأنّ ذا اليد غاصب لهما، فيكون ظلمه محسوباً عليهما، وإنْ شئت فقل إنّه لا يصح قسمة الدار بدون رضا هذا الشريك باقرار المقر له، نعم لو صالح حصته الواقعية منها مع ثالث أو مع ذي اليد لا يشاركه الآخر؛ لأنّه يجوز لأحد الشريكين بيع حصته المشاعة أو صلحها.

وأما على الأول فلو أقرّ ذو اليد لأحدهما شاركه الآخر بمجرد الاقرار، وإنْ خصه به؛ لأنّ ذلك مقتضى اعترافهما بوحدة السبب، فلا يثبت للمقر له في ظاهر الشرع إلا ربع الدار، وهذا مما لا اشكال فيه عندهم، وحينئذٍ فانْ أعطاه النصف شاركه الآخر، وإنْ صالحه معه شاركه إنْ كان ذلك برضاه، وإلا فلا يصلح الصلح إلا في نصف النصف، نعم لو صالح المقر له مع غير المقر على نصفه الذي يكون له في الواقع بادعائه اختص العوض به، ولا يحتاج إلى إجازة الآخر، وكذا لو صالح مع المقر قبل الاقرار، بأنْ صالحه على حقه الواقعي.

وأما لو صالحه بعد الاقرار فليس له قصد النصف الذي يكون له في الواقع بادعائه؛ إذ المقر لا يعترف له بأزيد من النصف الذي شاركه الآخر بمجرد الاقرار، فلا يقصد في صلحه إلا ذلك النصف، كيف ؟ وإلا يلزم أنْ يكون معترفاً بثلاثة أرباع؛ إذ النصف الذي أقرّ [به] أولاً صار مشتركاً بين الاثنين، ولم يبقَ للمقر له إلا الربع، والمفروض أنّه صالحه على النصف الواقعي الذي يدعيه، فاذا أجابه المقر له إلى ذلك، وقبل الصلح على هذا الوجه يكون اعترافاً منه، من جهة هذا الصلح بربع آخر، وهذا خلاف المفروض.

إذا عرفت ذلك علمت أنّ مسألة الصلح المفروض لا تقبل غير الاشاعة؛ إذ لا يمكن حمله على نصفه المختص الواقعي الذي يدعيه؛ لأنّ المفروض أنّ

المصالح معه، وهو المقر ليس موافقاً له في هذه الدعوى، فانّه لم يقر إلا بالنصف الذي صار مشتركاً بين الشريكين، وليس قصده إلا ذلك النصف، فمع فرض كون تمام العوض للمقر له يلزم أنْ لا يبقى لشريكه شيء، والمفروض أنّه صار مالكاً للربع.

ومن هنا يظهر ما في اشكال صاحب المسالك[١] على ما ذكره الفقهاء من الحكم بالاشاعة، وأنّه منافٍ لمقتضى قاعدة الحمل على ماله المختص به في مقام التصرف، وأنّ إيراد الاردبيلي[٢] عليه في محله، فراجع.

٤٧٣ ـ قولهﷺ: **(وعلى كل حال فلا اشكال** ...الخ)[٣].

أقول: يعني أنّ ما ذكرنا من أول المسألة إلى هنا إنّما كان إذا كان هناك قرينة صارفة للفظ النصف إلى نصفه المختص، وأما مع عدمها فلا اشكال في الحمل على الاشاعة كما في مسألة الاقرار.

ثم إنّ حمل الاقرار على الاشاعة في النصيبين هو المعروف بينهم، ولعل الوجه فيه ما أشرنا إليه من أنّ مقتضى الاشاعة بالنسبة إلى العين الخارجية من غير نظر إلى كونها ملكاً لشخص دون شخص ذلك، فانّه إذا كان المفروض أنّ كل جزء يفرض يكون نصفه للمقر له ـ كما هو مقتضى الاشاعة ـ يكون اللازم اشاعته في الحصتين أيضاً، وهذا مؤيد لما قلنا من أنّ النصف المشاع ليس كلياً؛ إذ لو كان كلياً كان للمقر له تعيين فرده في مال الغير بتمامه أو بعضه بالاختلاف، هذا.

وربما يقال: إنّ مقام الاقرار أيضاً كمقام البيع والصلح منصرف إلى حصته المختصة، بل حكي ذلك عن التحرير، وعن الشيخ الفقيه في شرح القواعد[٤] التفصيل بين ما لو قال «نصف هذا الدار لزيد»، وبين ما لو قال «أنا مقرٌ بأنّ نصف هذا الدار لزيد» مثلاً، فالثاني محمول على خصوص حصته، بقرينة لفظ أنا مقر.

---

(١) مسالك الافهام ٤: ٢٧٢.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٤٨.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٥.
(٤) شرح القواعد ١٨٥.

والتحقيق: ما هو المعروف مطلقاً، فانَّ الاقرار إخبار عن حكم عين خارجية، وليس ناظراً إلى الاعتبار الخارجي، إلا أنْ يكون هناك قرينة صارفة في خصوص بعض المقامات، فتدبّر.

٤٧٤ ـ قولهﷺ: **(وهو تعلق الغصب بالمشاع ...الخ)**[١].

أقول: لا اشكال في أصل تعلّق الغصب بالمشاع في الجملة، وإنَّما الاشكال في اختصاص الغصب بحصة المغصوب منه، بيان ذلك أنَّ غصب المشاع يتصور على صور:

إحداها: أنْ يسكن الغاصب مع المالك في الدار مثلاً على وجه يكون كل منهما متصرفاً فيها على وجه الشركة، كما في الشريكين المالكين.

الثاني: أنْ يشترك غاصبان في التصرف في الدار على وجه يكون كل منهما ذو يد عليها.

الثالث: أنْ تكون دار بين شريكين ساكنين، فأخرج الغاصب أحدهما وقام مقامه على وجه يكون غرضه متعلقاً بغصب حصته .

أما الصورة الأولى فلا ينبغي الاشكال في ضمان الغاصب للعين والمنفعة بالنسبة إلى النصف، نعم ناقش فيه المحقق في الشرائع قال (فاذا مكن الدار مالكها لم يضمن، وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد، منشأه عدم الاستقلال من دون المالك، وهو في عين محله، نعم لو كان الغاصب بحيث لم يقاوم المالك تمَّ ما ذكره)[٢].

لكنه ليس مراده ذلك؛ لأنَّه ذكره بعد ذلك وحكم فيه بعدم الضمان، وحيث إنَّ المفروض صدق اليد والاستقلال كما في سائر موارد الاشتراك في التصرف فلا ينبغي التأمل في ضمانه لنصف العين، بل يحتمل ضمانه للتمام إذا فرض استقلال كل منهما لولا الآخر، فانَّه يصدق أنَّ العين في يده كما أنَّها في يد المالك، إلا أنَّ يد

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٦.

(٢) شرائع الاسلام ٤: ٧٦١.

المالك لا أثر لها، وكذا بالنسبة إلى جميع المنافع إلا ما استوفاه المالك.

وأما الصورة الثانية فيضمن كل منهما النصف الشاع عيناً ومنفعة، ويجري الاحتمال الذي ذكرنا، ولازمه جواز رجوع المالك على أيّهما شاء كما في الأيدي المتعاقبة، إلا إذا لم يكن أحدهما مستقلاً لولا الآخر، بل كان هناك يد واحدة على الكل بالشركة، فانَّه حينئذٍ يتعين ضمان كل منهما للنصف.

وأما الثالثة فلا اشكال في ضمان الغاصب أيضاً للنصف الشاع، إلا أنَّ الكلام في أنّه هل يتعين كون ما بيده حصه للمغصوب منه، بأنْ لا يكون على الآخر الذي هو مالك للنصف ضمان أصلاً أو لا، بل يكون ظالماً لهما، ويكون الآخر متصرفاً في حصته وحصة شريكه، فيكون كل منهما ضامناً للربع بالنسبة إلى المغصوب منه، والغاصب ضامناً للربع الآخر أيضاً، وعلى الاحتمال الذي ذكرنا يكون للمغصوب منه الرجوع على الغاصب بتمام حقه، وعلى الآخر بنصفه، بل بتمامه أيضاً، وله الرجوع على الغاصب أيضاً بتمام حقه.

التحقيق: هو الوجه الثاني؛ إذ تصرّف الشريك الغير المغصوب منه في المال المشترك لابدَّ أنْ يكون باذن صاحبه، وليس[1] فيكون ضامناً من جهة اثبات يده وتصرفه في العين المشتركة، كما لو كان هو الغاصب، هذا.

ولكن حكي الوجه الأول عن الشيخ في المبسوط والفاضل في التحرير، قال الأول في كتاب الشركة (غصب المشاع يصح كما يصح غصب المقسوم، وذلك بأنْ يأخذ عبداً بين شريكين ويمنع أحد الشريكين من استخدامه، ولا يمنع الآخر، فيكون قد غصب حصة الذي منعه منه، وكذلك إذا كان شريكان في دار فدخل الغاصب إليها فأخرج أحدهما وقعد مع شريكه، فيكون غاصباً لحصة الشريك الذي أخرجه، ثم إنّهما إذا باعا ذلك المال مضى البيع في نصيب الشريك البائع، ولا يمضي بيع الغاصب)[2] انتهى.

---

(١) هكذا في الاصل، والظاهر ان المراد وليس مأذوناً له فيكون ضامناً.

(٢) المبسوط ٢: ٣٥٥.

وقال الثاني (قد يتحقق المشاع كالمقسوم، بأنْ يغصب أحد الشريكين في عبد على أخذ حصته ويمنعه من استخدامه ودون الآخر، أو يخرج أحد المالكين من الدار المشتركة ويسكن مع الآخر، ويتعلق الضمان بالغاصب)[1] وحكي عن الحلي والقاضي والتذكرة أيضاً، لكن العبارة المحكية عنهم ليست صريحة في ذلك.

وكيف كان فالحق ما عرفت، إلا أنّ يكون المغصوب منه راضياً بتصرف الشريك بمقدار حصته، نعم بيع الشريك حصته ماضٍ، ولا يضره غصب الغاصب حصة الآخر، سواء كان ذلك مع الغاصب وفي صفقة واحدة، أو منفرداً كما في كل مال مشترك، فانّه لا حاجة في بيع أحد الشريكين حصته المشاعة إلى إذن الآخر، فتدبّر.

هذا، وأما المقاسمة مع الغاصب إذا تعلّق غرضه بغصب حصة الشريك فلا اشكال في أنّها مخالفة لقاعدة اعتبار كون القسمة برضا الشريكين، فلو قاسمه وباع حصة الشريك أو أخذها لا يتمحض الحصة الباقية له، فيكون الغاصب حينئذٍ غاصباً للمال المشترك، ويكون الضرر وارداً عليهما، ولا دليل على التعيين بارادة الغاصب، والتمسك بالسيرة والحرج كما ترى؛ إذ السيرة على فرض تحققها غير كاشفة؛ لعدم معلومية استمرارها وامضائها، والحرج يندفع باجبار الشريك على القسمة قبل أخذ الغاصب، أو بيع حصته من الغاصب أو غيره قبل الغصب.

نعم هنا شيء: وهو أنّ المصنّف ﷺ ذكر في غير مقام أنّه لا يجب تحمّل الضرر لدفع الضرر عن الغير، كما إذا أكرهه ظالم على اضرار الغيره، بحيث لو لم يفعل أضرّه، قال (وليس هذا من باب دفع الضرر عن النفس بالاضرار بالغير؛ لأنّ الضرر بمقتضى إرادة المكره توجه أولاً إلى ذلك الغير، فمقتضى قاعدة نفي الضرر جواز الاضرار حينئذٍ) ولازم هذا جواز التمسك بالقاعدة في المقام أيضاً، بأنْ يقال إنّ عدم جواز القسمة مع الغاصب حكم ضرري بالنسبة إلى هذا الشريك الذي لم يرد

---

(١) التحرير ١: ٢٧٤.

الغاصب غصب حصته، فانَّ الضرر أولاً وبالذات توجه إلى الآخر، فلا يجب عليه ترك القسمة لدفع الضرر عن الغير.

لكن التحقيق عدم تمامية ما ذكره هناك؛ لمنع توجه الضرر أولاً إلى ذلك الغير، فانَّ مجرد إرادة الظالم لا يكفي في ذلك، مثلاً إذا كان مال الغير عنده بعنوان الأمانة وأراد الظالم أخذه منه بحيث لا يمكنه أخذه إلا بمباشرته لذلك، فارادة الظالم وإنْ تعلقت بأخذه مال الغير إلا أنَّ مجرد هذا لا يوجب صدق توجه الضرر إليه، بل يمكن أنْ يقال إنَّ الضرر توجه أولاً إلى ذلك الشخص حيث صار مورداً لمطالبة الظالم مال الغير منه ومكرهاً على أخذه منه؛ بحيث لو لم يدفع يتضرر، وفي المقام أيضاً نقول إنَّ الضرر الوارد من جهة الغاصب توجه إليهما ؛ حيث إنَّه يريد أخذ نصف المال المشترك بينهما، فكون إرادته متعلقة بحصة الشريك لا يقتضي كون الضرر وارداً عليه أولاً، فتدبّر.

٤٧٥ ـ **قوله**‌ﷺ: **(وإنْ قال به أو مال إليه بعض ...الخ)**[(١)].

أقول: لعله صاحب أنوار الفقاهة، حيث قال: ـ على ما حكي عنه ـ (ولو أراد غاصب غصب حصة الشريك فقط فلا يبعد جواز مقاسمة الشريك الآخر مع الغاصب، لا رجوع للمغصوب منه على ما بيد شريكه، وإنْ كان غائباً)[(٢)].

ولعله إليه أشار أيضاً صاحب الجواهر؛ حيث قال في باب القسمة ـ بعد الحكم بأنَّ الحاكم يجبر الممتنع على القسمة إذا طلبها الشريك ـ (بل ربما احتمل أو قيل بقيام الشريك مقام شريكه فيها مع فرض منع ظالم له وإرادة قبض حقه، فينوي الشريك حيتئذٍ القسمة مع الغاصب، وتكون قسمة، لكنه كما ترى، وقد تقدّم منا البحث في ذلك)[(٣)] انتهىٰ.

ويمكن أنْ يكون مراد المصنّف‌ﷺ من البعض الذي مال إلى هذا الاحتمال

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٧.

(٢) انوار الفقاهة مخطوط .

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ٣١٥.

صاحب الجواهر، فانّه في المقام بعد الحكم بكون ما تلف بانكار المنكر على المقر والمقر له بالنسبة في نظير الفرض الذي فرضه المصنّف، وهو ما إذا قال أحد الشريكين نصف الدار لفلان، والنصف الآخر بيني وبين شريكي، فانَّ للمقر له ثلثا ما في يد المقر، وله على حسب نسبة مالهما بحسب الاقرار، وأنّه منافٍ لما ذكروه في الاقرار بالنسب، من أنّه يدفع إلى المقر له الزائد عما بيده من نصيبه، قال (اللهم إلا أنَّ يكون الفارق بين المقامين الدليل، أو يقال إنَّ الموافق للضابطة ما في باب الاقرار، يعني الاقرار بالنسب، بدعوى تنزيل المنكر منزلة الغاصب القاصد غصب خصوص حصة الشريك المخصوص بناءً على قيامه حينئذٍ مقام المالك في القسمة مع الشريك؛ لحديث الضرار والسيرة وغيرها، على معنى أنَّ المالك في هذا الحال له افراز ملكه عن ملك شريكه، كما كان له ذلك في المال الزكوي ونحوه، وحيئذٍ فيكون ما هنا بناءً على معلومية كون الحكم فيه ما سمعت خارجاً عن الضابطة، للدليل من اجماع أو غيره)[1] انتهى.

وحاصل مراده أنَّ باب الاقرار بالنسب على القاعدة، وأنَّ مقتضاها كون المقام أيضاً كذلك، إلا أنا لم نقل به فمن جهة الدليل الخاص، وهو الاجماع في خصوص المقام على كون التلف بسبب انكار المنكر محسوباً عليهما بنسبة مالهما، فيظهر منه بعض الميل إلى الاحتمال المذكور، فتدبّر.

٤٧٦ ـ **قوله**ﷺ: **(نعم يمكن أنْ يقال ...الخ)**[2].

أقول: حاصله أنَّ الغاصب المنكر إنّما قصد أخذ المال على أنّه من مال المقر له، والشارع قرره على هذا؛ حيث حكم بعد[3] التعرّض له في الظاهر، ولازم التقرير كون التلف من المقر له فقط فانّه في الحقيقة اتلاف من الشارع لخصوص مال المقر له.

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٨.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٧.

(٣) هكذا في الاصل، والظاهر أنها «بعدم».

وحاصل التضعيف الذي يذكره بعد ذلك أنّ مقتضى إقرار المقر كون التلف عليهما؛ لأنّه أقرّ بأنّ المال في الواقع مشترك، ومقتضى إلزامه اقراره كون ما أتلفه المنكر محسوباً عليهما ؛ حيث إنّه أيضاً مشترك بينهما .

وأنت خبير بأنّ الأولى في الدفع أنْ يقال: إنّ الشارع لم يأذن للغاصب، ولم يقرره على حسب ما أراده من كون المأخوذ مالاً لخصوص المقر له، بل إنّما قرره في مجرد عدم الأخذ منه قهراً عليه، وإنّما أذن له في الظاهر في عدم الدفع، وأمّا إذنه وتقريره في كون ذلك من مال المقر له فلا دليل عليه أصلاً، فاذا كان المأخوذ من المال المشترك بين المقر والمقر له كما هو مقتضى الاقرار، فالازم احتسابه عليهما معاً، وهذا واضح جداً .

❑ الاقرار بالنسب

٤٧٧ ـ قوله‏‏: **(وأما مسألة الاقرار بالنسب** ...الخ)[١].

أقول: يمكن أنْ يقال إنَّ فتوى المشهور في كل من المقامين على القاعدة، والفرق بينهما أنَّ في المقام التلف للمال المشترك على حسب إقرار المقر مستند إلى يد المنكر؛ حيث إنَّه أثبت اليد على النصف الذي ثلثه مشترك بين المقرر المقر له، فيكون محسوباً عليهما، وفي مسألة الاقرار بالنسب ليس مستنداً إلى اليد، بل هو من جهة مجرد انكار المنكر لخصوص حصة المقر له، إلا فلا أثر لليد؛ لأنَّ المفروض كون المال تركة للميت، ولا يد لأحد عليها غيره.

وحينئذٍ فنقول: إنَّ المقر المعترف بأنَّ للمقر ثلث التركة إذا كانوا ثلاثة إخوة مثلاً فلا بدَّ أنْ يصل إليه حصته، والقدر التالف إنَّما تلف على خصوص المقر له من جهة عدم اعتراف الأخ المنكر بكونه وارثاً، وإلى ذلك أشار في الجواهر؛ حيث قال بعد العبارة التي نقلناها في بيان الفرق بين المقامين (أو يقال إنَّ المأخوذ في الأول قد كان بسبب شرعي يعم الشريكين، وهو اليد، بخلاف الثاني فانَّه قد أخذ بسبب يخص الأخ المنكر، وهو إقراره بأخوة من أنكره، وذلك أمر يخص الأخ المنكر، دون الأخ المقر، الذي قد اعترف الثلاثة بأخوته، ولم ينقص المال بسبب شرعي يعمه، بل كان ذلك بأمر يخص خصوص المتخاصمين، وهو الاقرار من أحدهما بالآخر، وانكار الآخر إيّاه)[٢].

وذكر في باب الصلح أيضاً ما يفيد ذلك، وكذا في باب الاقرار بالنسب، فراجع[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٨.
(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٨.
(٣) جواهر الكلام ٣٥: ١٦٥.

وتوجيه فتوى الفقهاء بذلك أولى من دعوى كون مستندهم الروايات؛ لأنّها ليست صريحة في ذلك كما لا يخفىٰ، فانّ قوله‌عليه‌السلام (يلزمه ذلك في حصته)[1] ساكت عن كيفيته، وأنّ الضرر وارد على خصوص المقر له أو عليهما؛ إذ الرواية إنّما تكون بصدد بيان أنّ ذلك ليس في تمام المال حتى في حصة من لم يعترف بذلك، بل هو في حصة المقر له فقط، وأما أنّه هل يدفع الزائد عن حصته أو يحصل الضرر عليهما فلا يستفاد منه‌عليه‌السلام، فتدبّر.

وأما الرواية الثانية فعدم دلالتها أظهر كما لا يخفىٰ، وكان الأولى تبديلها بمرسلة الصدوق وهي (إنْ شهد اثنان من الورثة، وكانا عدلين أجيز ذلك على الورثة، وإنْ لم يكونا عدلين الزما ذلك في حصتهما)[2].

٤٧٨ ـ قوله‌قدس‌سره: (وكذلك إنْ أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين وإنْ لم يكونا عدلين ...الخ)[3].

أقول: الظاهر أنّ النسخة غلط، إذ في الوسائل هكذا (وإن أقرّ اثنان من الورثة، وكانا عدلين أجيز ذلك على الورثة، وإنْ لم يكونا عدلين ...الخ)[4].

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب احكام الوصايا، ح ٣.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب احكام الوصايا، ح ٧.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٢٩.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب احكام الوصايا، ح ٥.

❑ بيع ما يقبل التمليك وما لا يقبله

٤٧٩ ـ قوله‍ : (اطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة ...الخ)[١].

أقول: من حيث إنّ قوله‍ (لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء على ما يملك)[٢] شامل لما إذا كان عدم الملك من جهة كونه غير قابل؛ لأجل كونه وقفاً، هذا إذا كان الجواب ناظر إلى الكلية، وأما إنْ حملناه على الجواب عن خصوص مورد السؤال فيمكن الاستدلال به من حيث ترك الاستفصال عن كون البعض الذي ليس له ملك للغير أو وقف مثلاً.

٤٨٠ ـ قوله‍ : (ممنوعة ...الخ)[٣].

أقول: لما أشرنا إليه من كون قوله‍ (لا يجوز بيع ...الخ) ظاهراً في الكلية، لا جواباً عن خصوص المورد، وعلى فرضه أيضاً فالانصراف لا وجه له، هذا مع احتمال أنْ يقرأ(ليس يُملك) بالبناء للمفعول، ومعه تصير الدلالة أظهر، وكذا إرادة الكلية، فتدبّر.

٤٨١ ـ قوله‍ : (بل لا مانع من جريان ...الخ)[٤].

أقول: يعني لا مانع من التمسك بالعمومات، وقد بيّناه في المسألة المتقدمة.

٤٨٢ ـ قوله‍ : (عدا ما يقال من أنّ التراضي ...الخ)[٥].

أقول: قد أشرنا سابقاً إلى أنّ وقوع التراضي على المجموع ليس من باب التقييد، بل من باب تعدد المطلوب، نظير تخلّف الشرط والوصف، فانّ الرضا فيهما وإنْ

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه، ح ١.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٥٣١.

كان بالمشروط والموصوف إلا أنّه لما كان على وجه تعدد المطلوب لم يوجب التخلف إلا الخيار، فكذا في المقام.

وأما التنظير بالشرط الفاسد حيث حكموا بكونه مفسداً ففيه:

أولاً: أن التحقيق خلافه.

وثانياً: يمكن الفرق بأنّ العقد مقيد به، لا بمعنى أنّه مقيد بالشرط، بمعنى الملزم ليلزم منه بطلان العقد مع تخلّف الشرط الصحيح أيضاً، بل بمعنى كونه مقيداً بالالتزام به، ففي الشروط الصحيحة القيد ـ وهو الالتزام ـ حاصل؛ لأنّ المشروط له مالك لذلك الشرط على الشارط؛ حيث إنّ المفروض أنّ الشارع أمضى ذلك الالتزام، بخلاف الشروط الفاسدة، فانّ القيد فيها غير حاصل؛ إذ لا يحصل ملكية المشروط لذلك الشرط، وإذا لم يحصل القيد لم يحصل المقيد، مثلاً إذا قال «بعتك كذا بكذا بشرط أنْ تشرب الخمر»، فالعقد مقيد بالتزام شرب الخمر، وسلطنته عليه، والمفروض أنّ المشهور لم يمضِ هذا الالتزام، ولم يجعل للمشروط له سلطنة على الشرب، ولم يحكم بمالكيته لهذا الفعل على المشروط عليه، وإذا كان العقد مقيداً بهذا كان اللازم بطلانه.

وهذا بخلاف الشروط الصحيحة فانّه يملك عليه ذلك، غايته عدم ايجاده في الخارج، والقيد ليس وجود المشروط في الخارج، بل ملكية المشروط له ذلك، فهو حاصل.

وأما في الاجزاء فلا تقييد أصلاً، فلا وجه لكون تخلّفها مفسداً، وهذا الوجه الذي ذكرنا من الفرق وإنْ كان محلاً للمناقشة إلا أنّه صالح لا يكون محطاً لنظر القائلين بكون الشرط الفاسد مفسداً، دون تخلّف الشرط الصحيح.

وأما الكلام في باب الشروط فراجع ما ذكرناه هناك[1]، والغرض أنّه لا ملازمة بين كون الشرط الفاسد مفسداً وبين البطلان فيما نحن فيه، وأنّه يمكن الفرق بحسب القاعدة أيضاً، مضافاً إلى النص والاجماع، فتدبّر.

---

(١) ج ٣ تعليقة ٤٣٢.

٤٨٣ ـ قوله‍ﷺ: (نعم ربما يقيد الحكم ...الخ)[١].

أقول: يعني الحكم بالصحة، ولا يخفىٰ أنّ لازم هذا القائل أنْ يحكم بالبطلان في المسألة المتقدمة أيضاً في صورة العلم بناءً على القول ببطلان الفضولي، وكذا على القول بصحته إذا علم عدم الاجازة، بل مع عدم الرجاء بحصولها؛ وذلك لاشتراك وجه البطلان، وهو الافضاء إلى الجهل بالثمن عند التقسيط.

نعم إذا كان عالماً بأنّ البعض مال الغير، لكنه كان واثقاً بحصول الاجازة يمكن الحكم بالصحة؛ لأنّ المعاملة بحسب الظاهر واقعة على المجموع، والمدار على معلومية ثمنه، وأما في الصورتين المتقدمتين فالمعاملة كأنها واقعة من الأول على خصوص ماله، وثمنه مجهول.

ثم لا يخفىٰ أنّه لا يكفي جهل المشتري فقط، بل لا بدّ من جهلهما معاً، وإلا فمع علم البائع فقط أيضاً يكون البيع باطلاً من أجل جهله بالثمن عند التوزيع، وكذا الحال في المسألة المتقدمة، ولا يمكن الالتزام بالبطلان من طرف البائع، والصحة من طرف المشتري؛ لأنّ العقد متقوّم بطرفين، فلا يمكن التفكيك بينهما في الصحة والبطلان، فلا وجه لنفي البعد عنه في الروضة، فتدبّر.

٤٨٤ ـ قوله‍ﷺ: (لما ذكره في المسالك ...الخ)[٢].

أقول: قال فيها (أنّ المشتري لهذين الشيئين إنْ كان جاهلاً بما لا يملك توجه ما ذكره بقصده إلى شرائهما، فاذا لم يتم له الأمران وزع الثمن، وأما إذا كان عالماً بفساد البيع فيما لا يملك أشكل صحة البيع مع جهله بما يوجبه التقسيط؛ لافضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع ؛ لأنّه في قوة بعتك العبد بما يخصه من الألف إذا وزعت عليه وعلى شيء آخر، وهو باطل، وقد نبه على ذلك العلامة في

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢.

التذكرة[١] وقال إنَّ البطلان ليس ببعيد من الصواب)[٢] انتهىٰ.

٤٨٥ ـ **قولهﷺ: (فبيع الغرر المتعلق النهي ...الخ)**[٣].

أقول: فيه اشكال؛ إذ الظاهر أنَّ المدار فيه علىٰ ما يكون البيع بالنسبة إليه صحيحاً، فلا يكفي في رفع الغرر العلم بثمن المجموع الذي يعلم عدم سلامته له، وعدم تأثير المعاملة فيه شرعاً.

فالأولى في الدفع أنْ يقال: إنَّ الغرر غير لازم؛ لأنَّه بمعنى الخطر، ولا خطر بعد العلم بأنَّه يقسّط الثمن على حسب نسبة القيمة الواقعية عليهما، فيبقى الجهالة الموجبة للبطلان من جهة الاجماع التعبدي، والقدر المسلم منه ما إذا لم يكن ثمن المجموع الذي وقع عليه العقد معلوماً، وإلا فمع العلم به لا مانع من الصحة، وإنْ كان المقدار المقابل لما هو الصحيح مجهولاً، ويؤيد اختصاص معقد الاجماع بذلك ذهاب المشهور إلى الصحة في المقام من غير تقييد بصورة جهلهما.

والحاصل: أنَّ الدليل على اعتبار العلم بالعوضين في البيع إما قاعدة نفي الغرر، وإما الاجماع، أما الغرر فغير متحقق في مثل المقام مما يؤول إلى العلم، وأما الاجماع فهو لبي، والقدر المتيقن فيه صورة الجهل بما وقع عليه العقد، فلا يشمل ما نحن فيه، فتدبّر.

٤٨٦ ـ **قولهﷺ: (مع أنَّه لو تم ما ذكر ...الخ)**[٤].

أقول: فيه منع ظاهر؛ لا لما ذكرهﷺ من أنَّه مخالف لظاهر المشهور؛ بل لأنَّ المفروض جعل الثمن في مقابل المجموع، ومجرد عدم امضاء الشارع له لا يقتضي صرفه إلى خصوص المملوك، وهو واضح.

٤٨٧ ـ **قولهﷺ: (وأما لبقاء ذلك القسط له مجاناً كما قد يلوح ...الخ)**[٥].

---

(١) التذكرة ١: ٥٦٥.
(٢) مسالك الافهام ٣: ١٦٤.
(٣) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢.
(٤) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٢.
(٥) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٣.

أقول: هذا أيضاً لا وجه له كما عرفت سابقاً، نعم لو قيل بعدم جواز الرجوع على البائع بعد التلف لاقدامه على هتك حرمة ماله كان له وجه، لكنه لا يختص بالمقام، بل يجري في كل مقبوض بمعاملة فاسدة مع علم الدافع بالفساد، وقد مرّ تحقيق الحال فيه، فتذكر.

٤٨٨ ـ **قوله**ﷺ: **(من أنَّ العبرة بتقويم** ...الخ)[1].

أقول: قد عرفت أنَّ مقتضى القاعدة تقويم كل منهما منفرداً لكن بوصف الانضمام، فتذكر.

٤٨٩ ـ **قوله**ﷺ: **(ويشكل تقويم الخمر** ...الخ)[2].

أقول: التحقيق ما جزم به ذلك البعض، ولعله صاحب المستند، فإنّه صرّح بذلك، وذلك لأنَّ المناط كما عرفت في المسألة المتقدمة الرجوع بما جعل في المعاملة مقابلاً لذلك الذي لم يصح البيع بالنسبة إليه، وفي مثل الفرض جعل الثمن بازاء الخمر بعنوان أنّها خل فالقدر الذي جعل في قباله إنّما هو بملاحظة كونها خلاً، فلا ينبغي أنْ يلاحظ القيمة الواقعية للخمر، بل إنّما يفرض خلاً ويلاحظ قيمته الواقعية، ويرجع من الثمن بالنسبة، والظاهر أنَّ هذا الفرض خارج عن محل كلمات الفقهاء، فانَّ كلامهم إنّما هو فيما كان بطلان المعاملة لمجرد كون البعض غير مملوك، لا في مثل الفرض الذي يكون البيع بالنسبة إلى ذلك البعض باطلاً، ولو كان مما يملك من جهة تخلّف الجنس، فانّه لا اشكال في كونه مبطلاً للمعاملة، بل مقتضى القاعدة ايجابه البطلان حتى في مثل المهر أيضاً، غايته أنَّ النكاح لا يبطل به من جهة عدم توقفه على ذكر المهر، فحينئذٍ يرجع إلى مهر المثل.

نعم، ذهب جماعة فيما لو أصدقها ظرفاً على أنّه خل فبان خمراً إلى أنّه يصح، ويكون عليه مثله خلاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٣.
(٢) كتاب المكاسب ٣: ٥٣٤.

وفيه ما لا يخفى؛ فانَّه مخالف للقاعدة؛ حيث إنَّه لم يرد العقد إلا على هذا الموجود المفروض كونه خمراً، فلا وجه لصرفه إلى الخل، كما أنَّ القول الآخر الذي اختاره الشيخ من الانتقال إلى قيمة الخمر عند مستحليه أيضاً خلاف القاعدة، بل مقتضاها ما ذكرنا من بطلان المهر، والرجوع إلى مهر المثل، نعم النكاح لا يبطل بذلك لما عرفت.

وأما في مثل البيع حيث إنَّه لا يمكن كونه بلا عوض فمقتضى القاعدة فيه البطلان فيما قابله كما ذكرنا، هذا.

ومما ذكرنا يظهر أنَّه لو باع الشيئين بعنوان أنَّهما خمر فبان أحدهما خلاً، أو بعنوان أنَّهما خنزير فبان أحدهما شاة، يكون البيع باطلاً حتى في الخل والشاة؛ وذلك لتخلّف الجنس.

ويظهر أيضاً أنَّه لو باع الشيئين صفقة بعنوان كونهما خلاً فبان أحدهما عصيراً، أو بعنوان كونهما شاتين فبان أحدهما حماراً مثلاً، وبطل البيع بالنسبة إليه من أجل تخلّف الجنس، لا يلاحظ في مقام التقسيط قيمة العصير أو الحمار، بل يلاحظ قيمته لو كان خلاً أو شاةً.

ويظهر أيضاً أنَّه لو تخلّف الوصف في أحد الشيئين المبيعين صفقة، ففسخ في ذلك البعض بناءً على جواز التبعيض في الفسخ، يقوّم ذلك الشيء مع الوصف لا بدونه، وهكذا في كل مقام لوحظ في المعاملة شرط أو وصف أو نحو ذلك فانفسخ بالنسبة إلى ذلك البعض بأحد الوجوه، من كونه تالفاً قبل القبض، أو من جهة الخيار أو الاقالة أو نحو ذلك، فانَّه في مقام التقويم والتقسيط يلاحظ ذلك.

بقي هنا أمور:

أحدها: أنَّ الصحة في البعض المملوك إنَّما هي إذا أمكن تعيين ما بازاء كل من الجزئين من الثمن، فعلى هذا ينبغي الحكم بالبطلان حتى في ذلك البعض إذا كان بعض الغير المملوك مما لا مالية له عرفاً أيضاً كبعض الحشرات أو القذرات، فانَّه حينئذٍ لا يمكن تعيين ما بازائه من الثمن، فانَّ المفروض أنَّه لا قيمة له أصلاً، مع أنَّه

قد جعل بازائه في المعاملة بعضه قطعاً؛ حيث قوبل المجموع بالمجموع، فلا يمكن معه تعيين ما بازاء البعض الآخر المملوك أيضاً، فلا يمكن أنْ يصح بالنسبة إليه أيضاً، فاطلاق كلام الاصحاب منزل على غير هذه الصورة.

ومن ذلك ظهر ما في ما ذكر الشيخ الكبيرﷺ في شرحه على القواعد حيث حكم فيها بالصحة مع جهل المشتري، لا مع علمه، قال (إنْ كانت الضميمة لا تصلح لمقابلة الثمن شرعاً ولا عرفاً بأنْ يكون في حكم العدم، كضميمة الأوساخ وبعض القذرات فاشتراط الجهل فيها؛ حيث لا تكون كضميمة الاجزاء لدفع الجهل هو الوجه)[1] انتهى.

فانَّه وإنْ أجاد حيث التفت إلى خصوصية هذا الفرع، إلا أنَّه كان اللازم أنْ يحكم بالبطلان مطلقاً؛ إذ الجهل حين البيع غايته أنَّه يوجب تحقق القصد إلى بيع المجموع حقيقة، إلا أنَّه لا يكفي بعد عدم امكان تعيين ما بازاء الباقي، بل لو عكس الأمر كان أقرب إلى التوجيه، بأنْ يقال مع العلم بعدم كونه مما له مالية يجعل تمام الثمن بازاء البعض القابل، بخلافه مع الجهل، فحينئذٍ مع العلم يحكم بالصحة بتمام الثمن، وأما مع الجهل فيحكم بالبطلان، فتدبّر.

الثاني: لا يخفىٰ أنَّ ما ذكروه من تقويم الخمر والخنزير عند مستحليهما صحيح، إلا أنَّ المدار على قيمتهما في مكان البيع، لا في بلاد الكفر، وحينئذٍ قد لا يكون لهما في بلاد الاسلام التي هي مكان البيع قيمة أصلاً؛ لعدم وجود كافر أو فاسق راغب فيهما، فيلحق بما ذكرنا في الأمر الأول، ويكون البيع باطلاً في الكل؛ لعدم امكان تعيين ما بازاء البعض المملوك.

والحاصل: أنَّه لا بدَّ من ملاحظة قيمتهما عند المستحلين مع وصف كونهما في مكانهما الذي وقع البيع عليهما فيه، فقد تكون قيمتهما فيه أقل من بلاد المستحلين، وقد تكون أكثر، وقد لا تكون لهما قيمة أصلاً، فيلحق كلاً حكمه.

---

(١) شرح القواعد ١٨٦.

الثالث: قيد صاحب الجواهر[1] عنوان البحث بما إذا كان البائع مسلماً، ولعله من جهة أنّه إذا كانا كافرين يكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى الخمر والخنزير أيضاً، فلا يتقسّط الثمن حينئذٍ؛ وذلك لما ذكروه في محله من ملك الكفّار لهما في الظاهر، من جهة وجوب إقرارهم على مذهبهم.

نعم يمكن أنْ يكون من المقام إذا فرض بينهم للخل والخمر ثم اسلام أحدهما قبل القبض، فانّه حينئذٍ يبطل البيع بالنسبة إلى الخمر كما هو أحد الوجوه، بل هو الأقوى، والوجه الآخر هو البقاء على الصحة والانتقال إلى القيمة عند المستحلين، بمعنى أنّ المشتري يملك على البائع ذلك، والوجه الثالث صحة البيع وملكية البائع لتمام الثمن مع عدم وجوب شيء عليه، وعلى هذين الوجهين لا يدخل في هذه المسألة أصلاً، وتمام الكلام في محله، فتدبّر.

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣١٩.

الخيارات

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين .

وبعد فيقول العبد الأقل محمد كاظم بن عبد العظيم الطباطبائي اليزدي هذا ما علّقته على مصنّف الشيخ المحقق المدقق العلامة وحيد عصره وفريد دهره الشيخ مرتضى الانصاري ـ أعلى الله مقامه ـ في الخيارات، وأرجو أن ينتفع به الطلاب، والله الموفق للصوب، وإليه المرجع والمآب .

الخيارات

٤٩١ ـ قوله ﷺ: (غلب في كلمات ...الخ)[١].

أقول: فعلى هذا ليس من النقل إلى المبائن؛ لأنَّ معناه اللغوي ملك مطلق الأمر أعم من فسخ العقد وغيره، والظاهر أنَّ الخيار لغةً لا يضاف إلى غير الافعال؛ فلا يطلق على ملك الاعيان والمنافع، والسر أنَّ المصدر ـ وهو الاختيار ـ لا يضاف إلا إلى الافعال، ولو قيل بيده اختيار العين الفلانية يقدّر مثل لفظ التصرف أو نحوه.

٤٩٢ ـ قوله ﷺ: (ولعل التعبير ...الخ)[٢].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ الملك لغةً السلطنة، وفي العقود الجائرة أيضاً السلطنة متحققة؛ فلا دلالة في التعبير المذكور على ما ذكره، إلا أنْ يراد من الملكية السلطنة المطلقة على الفسخ، بمعنى كون أمره بيده من جميع الجهات كما في لفظ الملك المضاف إلى الاعيان، وهو غير ظاهر؛ إذ الملك المضاف إلى الافعال يمكن أنْ يجعل بمعنى السلطنة على نفس ذلك الفعل، بمعنى القدرة عليه، لا بمعنى كونه مملوكاً له ومسلّطاً عليه من حيث سائر التصرفات.

٤٩٣ ـ قوله ﷺ: (من الحقوق لا من ...الخ)[٣].

أقول: الفرق بينهما مفهوماً واضح، وهو أنَّ الحق مرتبة ضعيفة من الملك، بخلاف الحكم فانَّه لا يرجع إلى اعتبار ملكية للمحكوم له، فاذا قال الشارع يجوز شرب الماء أو أكل الملح مثلاً فليس هناك إلا انشاء من الشارع، ولا يعتبر واجدية

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١١.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١١.

المحكوم له لشيء، بأنْ يكون له شيء يكون أمره بيده، بل ليس إلا عدم منع الشارع من الشرب والأكل، وهذا بخلاف قوله له الفسخ أو له الخيار فانّه يعتبر هناك شيء مملوك له بحيث يكون واجداً لشيءٍ أمره بيده، نظير ملك الأعيان فانّ نفس العين مما يكون مسلّطاً عليها، فالخيار بمنزلة تلك العين أمره بيد من له الخيار، هذا.

وأما تشخيص الصغريات ففي غاية الاشكال، ولا ضابط له، نعم قد تشخص بلحاظ الآثار، مثل جواز النقل أو الاسقاط أو الارث أو نحو ذلك فانّها من آثار الحق؛ إذ الحكم غير قابل لشيء منها، وأما العكس فليس دليلاً على كونه حكماً؛ إذ يمكن أنْ يكون الحق مما لا يتعدى ولا يسقط كما في ملك الاعيان الغير القابلة لذلك كالوقف وأم الولد ونحو ذلك.

٤٩٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ففيه: أنّ مرجعه إلى** ...الخ)[1].

أقول: فيه منع ذلك، بل حقيقته تثبيت العقد بحيث لا يقبل الانفساخ، غاية الأمر أنّ اسقاط الخيار أحد أسباب التثبيت، وإنّما جيء بهذا القيد لاخراج الجواز في العقود الجائرة؛ حيث إنّه ليس مالكاً لهذا التثبيت فيها، فهو لبيان كون الخيار من الحقوق؛ حيث إنّ أمره بيد من له الخيار، هذا.

ولكن التحقيق عدم اعتبار هذا المعنى في حقيقة الخيار وإنْ كان الأمر كذلك فعلاً، بمعنى أنّ في كل خيار يمكن تثبيت العقد، ولكن حقيقته ليس إلا السلطنة على الفسخ وعدمه، فلو فرض في مقام عدم امكان جعل العقد لازماً لا يعدّ منافياً للخيار.

والحاصل: أنّه لا يعتبر في حقيقة السلطنة على اقرار العقد لا لما ذكره المصنف من رجوعه إلى اسقاط الخيار، بل لما ذكرنا، فتدبّر.

٤٩٥ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنّ ظاهر الالزام** ...الخ)[2].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٢.

أقول: فيه منع ذلك، بل هو أعم منه ومن جعله لازماً من قِبَله، بل هو المتبادر منه، واللزوم من الطرف الآخر إنَّما يجيء من جهة عدم الخيار له إذا فرض ذلك، كما أنَّ تأثير الفسخ من الطرفين إنَّما هو من جهة عدم امكان التفكيك فيه، وإلا فلا ظهور في اللفظ فيه.

❑ المقدمة الثانية: أصالة اللزوم

٤٩٦ ـ **قوله**ﷺ:(**والغرض تمكن** ...الخ)[١].

أقول: الظاهر أنَّ هذا وجه آخر، وحاصل كلامه أنَّ الأصل اللزوم لأنَّ المفروض حصول الملكية، والأصل بقاؤها؛ لأن الغرض لا يتم إلا باللزوم؛ فيرجع إلى كون ذلك مقتضى بنائه بحسب وضعه عند العرف.

٤٩٧ ـ **قوله**ﷺ:(**وفيه: أنَّه إنْ أراد** ...الخ)[٢].

أقول: وأيضاً لا دليل على حجية الغلبة.

٤٩٨ ـ **قوله**ﷺ:(**فغالبها ينعقد** ...الخ)[٣].

أقول: يمكن أنْ يكون مراده ندرة أسباب الخيار وموارده؛ إذ هي منحصرة في خمسة أو سبعة أو نحو ذلك.

٤٩٩ ـ **قوله**ﷺ:(**وإنْ أراد غلبة الأزمان فهي** ...الخ)[٤].

أقول: يمكن أنْ يقال إذا شك في فرد من البيع أنَّه لازم أو جائز فلا محالة يكون الشك في جوازه في زمان خاص فيلحق بالغالب من حيث الأزمان فينفع في الافراد أيضاً، غاية الأمر أنَّ الحكم يثبت حينئذٍ من حيثية الأزمان، وهذا لا يضر بالمطلب.

والحاصل: أنَّ حيثية الشك من حيث الزمان ملازم لحيثيته من حيث الافراد، فاذا

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٤.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٤.

ثبت الحكم من الجهة الأولى كفى في المدعى.

٥٠٠ ـ قولهﷺ: **(مع أنّه لا يناسب** ...الخ)[١].

أقول: وجه عدم المناسبة أنّ مورد الخيار حينئذٍ مقابل الغالب فليس خارجاً عنه، فتدبّر.

٥٠١ ـ قولهﷺ: **(بمعنى أنّ وضع البيع** ...الخ)[٢].

أقول: الانصاف أنّ هذا الوجه أحسن الوجوه وأتمها، ومحصله أنّ بناء البيع على اللزوم، فاذا ورد دليل الامضاء كفى.

٥٠٢ ـ قولهﷺ: **(نعم لو كان في أول** ...الخ)[٣].

أقول: هذا أيضاً[٤] لا ينافي البناء على اللزوم، فانّ مقتضى البيع عرفاً لزومه دائماً، وإنّما خرج زمان المجلس تعبداً، بل لو كان خيار المجلس حكماً عرفياً أيضاً لا ينافي أصل اللزوم بهذا المعنى؛ إذ على هذا نقول وضع البيع على اللزوم بعد التفرّق، والحاصل أنّه لا فرق بين جعل الخيار حقاً أو حكماً في ذلك، فتدبّر.

٥٠٣ ـ قولهﷺ: **(فان ظاهره أنّ** ...الخ)[٥].

أقول: يمكن توجيه كلام العلّامة بأنّ التزلزل الذي في العيب غير الخيار المصطلح؛ إذ هو عبارة عن ملك فسخ العقد، وهذا شيء آخر؛ إذ هو ملك لأحد الأمرين منه ومن أخذ الأرش، فتدبّر.

٥٠٤ ـ قولهﷺ: **(نعم قد يساعد عليه** ...الخ)[٦].

أقول: الاشكال المذكور جارٍ في عبارة التذكرة أيضاً؛ حيث جعل أحد الأمرين ثبوت الخيار، والآخر ظهور العيب، ومقتضى توجيه المصنف أنْ يكون الثاني

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٥.
(٤) وفي نسخة «أ» على هذا أيضاً ...الخ.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ١٥.
(٦) كتاب المكاسب ٥: ١٥.

ثبوت الخيار من جهة العيب، وليس كذلك، وإنْ كان الغرض التأويل فهو جارٍ في عبارة القواعد أيضاً كما لا يخفىٰ.

٥٠٥ ـ قوله ﷺ: (فالعقد بالنسبة إلى جزء ...الخ)(١).

أقول: لا يعقل الفسخ بالنسبة إلى الجزء إلا بردّ ما يقابله من المعوض؛ إذ مقتضى مقابلة المجموع بالمجموع كون بعض المبيع في مقابلة هذا الجزء من الثمن، فاذا رجع إلى المشتري يرجع ما يقابله إلى البائع فلا بدّ من التزام أنّ هذا الفسخ والاسترداد ابطال وإزالة للعقد بتمامه، وجعله واقعاً على مجموع المبيع وما بقي من الثمن، وعلى هذا فالتزلزل إنّما هو بالنسبة إلى الكل، لا خصوص جزء الثمن.

٥٠٦ ـ قوله ﷺ: (لكنه مبني على كون ...الخ)(٢).

أقول: بناءً على كون الأرش غرامة أيضاً يمكن تصحيحه بأنّه يُعدّ عرفاً جزءَ من الثمن قد رُدَّ إلى المشتري، فالبيع الواقع على المجموع كأنّه قد انفسخ ووقع على ما بقي، فهو وإنْ لم يكن جزءَ حقيقةً إلا أنّه بمنزلة الجزء؛ ولذا لو فرض فسخ البيع بعد أخذ الأرش بسبب آخر يسترجعه البائع أو يرد إلى المشتري ما بقي من الثمن، وليس له أنْ يقول هذه غرامة خارجية قد استوفيتها ويسترد تمام الثمن، فليس حالها حال النماء الذي استوفاه المشتري.

٥٠٧ ـ قوله ﷺ: (فلا يقتضي ذلك الأصل ...الخ)(٣).

أقول: إلا أنْ يكون ذلك العقد أيضاً مثل البيع في كون بنائه عرفاً على اللزوم؛ إذ حينئذٍ يكفيه دليل الامضاء.

٥٠٨ ـ قوله ﷺ: (والمراد بالعقد مطلق العهد ...الخ)(٤).

أقول: الظاهر ـ كما صرح به بعضهم ـ أنّ المراد من العقود في الآية مطلق العهود،

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٧.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٧.

أعم من التكاليف الالهية والعهود التي بين الخلق والخالق كالنذر وشبهه، والعهود التي بينهم بعضهم مع بعض، وحينئذٍ فامّا أنْ يجعل الأمر للوجوب ويكون خروج المستحبات والعقود الجائزة من باب التخصيص، وإمّا أنْ يجعل للقدر المشترك بين الوجوب والندب فيشملها أيضاً، وعلى هذا يسقط الاستدلال، لكن إذا دار الأمر بين التخصيص والمجاز فالأول أولىٰ، نعم، بعد الاعتراف بشمولها للتكاليف الالهية يبعد اخراج المستحبات على كثرتها، فتدبر.

٥٠٩ ـ **قوله**ﷺ: **(منهاالتصرفات الواقعة ...الخ)**[1].

أقول: يرد عليه أن وجوب الوفاء فرع وجود العقد، وبعد الفسخ نشك في بقائه فلا يتم إلا بالاستصحاب.

ودعوىٰ: أن المفروض وجود العموم الازماني.

مدفوعة: بأنّه على فرض التسليم إنّما ينفع مع تحقق الموضوع، وهو مشكوك، نعم لو كان الموضوع صدور العقد ولو لم يكن باقياً كان كما ذكر، لكنه مقطوع العدم ؛ إذ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعاً.

ثم إنّه يبعِّد هذا الوجه ما ذكرنا من شمول العقود للتكاليف الالهية، ويبعد خروج المستحبات منها ـ كما هو لازم هذا الوجه.

ودعوىٰ: أنّ العقد هو العهد الموثق، ولا توثيق في المستحبات ـ؛ فهي خارجة من باب التخصص.

مدفوعة أولاً: بمنع اعتبار التوثيق.

وثانياً: بأنّ لازمه عدم شمول العقود الجائزة أيضاً؛ إذ لا توثيق فيها، فمع الشك في اللزوم والجواز لا يمكن التمسك بالآية؛ لعدم احراز كون المشكوك داخلاً فيها.

ثم يمكن أنْ يقال إنّ العموم الأزماني إنّما ينفع فيما كان وفاؤه قابلاً للاستمرار، لا في مثل العقود التي مفادها التمليك، فانّه غير قابل للاستمرار، نعم أثره ـ وهو

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨.

الملكية ـ باقية أبداً إلى أنْ يرفعه رافع، وإلا فايجاد هذه الصفة ـ كما هو مفاد قوله «بعتك» ـ آني؛ إذ ليس المراد من بعت أو ملّكت بعت أبداً أو ملّكت أبداً، فترتيب آثار الملكية في الزمان الثاني إنّما هو من حيث إنّها من مقتضيات الملكية، فلا يعد وفاء للعقد.

وبالجملة: فالوفاء في هذه العقود آني الحصول؛ لأنّه عمل بمضمونها، وهو مجرد حصول الملكية، لا الملكية الأبدية، فتدبّر.

٥١٠ ـ **قوله** ﴿ره﴾: (**فيستدل بالحكم التكليفي** ...الخ)(١).

أقول: وذلك لأنّ عدم جواز التصرف حتى بعد الفسخ لا يكون إلا مع عدم تأثير الفسخ، وإلا كان التصرف في ملكه، فيكون الحكم التكليفي المستكشف بالعموم كاشفاً عن الحكم الوضعي، ولو قلنا بعدم تأصل الأحكام الوضعية نقول إنّ بطلان الفسخ ليس إلا حرمة التصرف فيما انتقل عنه، بمعنى أنّه ينتزع منها.

٥١١ ـ **قوله** ﴿ره﴾: (**من أنّ معنى وجوب الوفاء** ...الخ)(٢).

أقول: وعلى هذا فيكون الأمر للارشاد؛ إذ لا معنى لوجوب العمل بالعقد الجائز إلا إرشاداً، فهو نظير أنْ يقال يجب العمل بمقتضى التكاليف الالهية إنْ واجباً فواجباً وإنْ ندباً فندباً، فتدبّر.

٥١٢ ـ **قوله** ﴿ره﴾: (**توضيح الضعف** ...الخ)(٣).

أقول: اللزوم والجواز قد يكونان جزئين للعقد، كما إذا قال «ملّكتك ملكية لازمة لا فسخ فيها» أو «ملّكتك على أنْ لا فسخ» أو قال «ملّكتك بشرط أنْ يكون لي الفسخ» ، وقد يكونان من الاحكام العرفية كما إذا فرضنا أنّ حكم التمليك المطلق بالبيع عندهم عدم جواز الفسخ، وحكم الاستنابة المطلقة عندهم جواز الفسخ، كما أنّ حكم الهبة المجانية عندهم كذلك، وقد يكونان من الأحكام الشرعية

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٨.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٨.

كحكم الشارع في البيع باللزوم وفي الهبة بالجواز، فعلى الأول تدل الآية على وجوب العمل بمقتضاهما؛ لأنَّ المفروض كونهما جزئين لمضمون العقد، فهما داخلان حينئذٍ في نفس المعاهدة، بخلافها على الأخيرين؛ إذ الظاهر من الآية الوفاء بمضمون العقد لا باحكامه العرفية أو الشرعية.

٥١٣ ـ **قوله**ﵟ: **(إلا حكم واحد تكليفي ...الخ)**[1].

أقول: بل لا يمكن إرادة كليهما؛ إذ يستلزم استعمال اللفظ في معنيين، ويمكن أنْ يكون نظر المستدل أيضاً إلى ما ذكره المصنف لا إلى كون الحكمين في عرض واحد.

بقي شيء: وهو أنّه يمكن تقريب الاستدلال بالآية بوجه آخر، وهو أنَّ مقتضى وجوب الوفاء بالعقد حرمة الفسخ؛ إذ هو مناقض للوفاء، ولازم ذلك فساده وعدم تأثيره، لكن فيه منع دلالة الحرمة على الفساد؛ إذ ليس مثل هذا الحكم التكليفي كاشفاً عن الوضعي، والفرق بينه وبين ما ذكره المصنف واضح، إذ الحرام على هذا نفس الفسخ، لا التصرف بعده، والمفروض فيما ذكره حرمة التصرف بعده، فهي لا تكون إلا مع عدم تأثير الفسخ، بخلاف المقام فانّه يمكن أنْ يكون الفسخ حراماً ومؤثراً في إزالة العقد.

فانْ قلت: يمكن حمل الآية على الارشاد إلى فساد الفسخ، كما هو الشأن في الأوامر والنواهي المتعلقة بالمعاملات.

قلت: هذا إنّما يتم إذا كانت الآية مختصة بالمعاملات، وقد عرفت أنَّ العقود فيها شاملة للتكاليف والعهود الالهية أيضاً، ولا معنى لارادة الارشاد بالنسبة إلى التكاليف إلا أنْ يقال إنَّ المراد من الآية أنَّ العهود مطلقاً ثابتة إلى الأبد، ولا تزول إلا بالامتثال في التكاليف، والانتهاء إلى آخر المعاهدة في المعاملات، فالأمر بالوفاء ارشاد إلى هذا المعنى، وعلى هذا فيتم التقريب بوجه أخصر، فانَّ مفاد الآية حينئذٍ أولاً بيان اللزوم والثبوت، فتدبَّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩.

٥١٤ ـ قوله ﷺ: (فانّ حلية البيع ...الخ)[١].

أقول: الانصاف أنّ هذه الآية لا دلالة لها إلا على مجرد حلية البيع بمعنى التمليك والتملّك، ولا تعرّض فيها لحلية التصرفات بعد البيع؛ حتى تشمل باطلاقها ما كان بعد الفسخ.

٥١٥ ـ قوله ﷺ: (ومنه يظهر وجه الاستدلال ...الخ)[٢].

أقول: هذه الآية متعرّضة لحال التصرفات، فانّ مفادها جواز الاكل بالتجارة إلا أنّه لا اطلاق فيها، بل هي بصدد مجرد كون الاكل بالتجارة حلالاً في مقابل الأكل بالباطل، من غير نظر إلى بيان مدة الحلية وأنها في الجملة أو مؤبدة، فتدبّر.

٥١٦ ـ قوله ﷺ: (باطلاق الآيتين الأخيرتين ...الخ)[٣].

أقول: قد عرفت ورود مثل هذا الايراد على الآية الأولىٰ أيضاً، فلا وجه للتخصيص، فتدبّر.

٥١٧ ـ قوله ﷺ: (وموارد ترخيص الشارع ...الخ)[٤].

أقول: على هذا التقريب يشكل الاستدلال؛ إذ من المعلوم أنّه لا بدّ من احراز الموضوع في التمسك بالعموم والاطلاق، ومع فرض كون الاذن الشرعي كاشفاً عن عدم كونه باطلاً، فمع الشك في الاذن ـ بسبب الفسخ ـ يشك في صدق الباطل؛ فلا يمكن التمسك، وصدق الباطل عرفاً لا يكفي بعد فرض تصرف الشارع فيه؛ إذ الموضوع ليس الباطل العرفي.

فالأولىٰ أنْ يقال: إنّ الموضوع هو الباطل العرفي، وموارد الاذن ـ مع صدق البطلان عرفاً ـ من باب التخصيص.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩، وهذه في نسخة اشار اليها في الحاشية.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٠.

ويمكن أنْ يقرر الاستدلال بوجه آخر: وهو أنَّ الظاهر من الآية أنَّ كل أكل باطل شرعاً إلا ما كان بالتجارة؛ فتدل على أنَّ الأكل بالفسخ لا مع رضا الطرف المقابل باطل وغير جائز، هذا.

وقد يناقش في هذه الآية أيضاً بأنَّ حرمة الأكل فرع كونه مال الغير، وهو مشكوك بعد الفسخ.

وفيه: أنَّ هذا إنَّما يرد إذا جعلنا الأكل بمعنىٰ التصرفات الواقعة بعد الفسخ، وليس كذلك، بل نجعله كناية عن مطلق التصرف حتى مثل الفسخ والتملّك، وعلى هذا يكون نفس الفسخ حراماً غير مؤثر؛ لأنَّه تصرف في مال الغير؛ حيث إنَّه إزالة لملكيته.

لكن يمكن أنْ يقال: إنَّ الحرمة لا تدل على الفساد وعدم التأثير حسبما عرفت سابقاً[١]، ولا يمكن أنْ يجعل[٢] النهي عن الأكل إرشاداً إلى الفساد، لأنَّه بالنسبة إلى سائر التصرفات حرام تكليفي، فلا يمكن حمله على بيان الوضع بالنسبة إلى خصوص الفسخ.

هذا مع أنَّ الأكل وإنْ كان كناية عن مطلق التصرف إلا أنَّه لا ينصرف إلى مثل قوله «فسخت»؛ فلا تدل على الفساد؛ فيجيء الشك في كونه مال الغير؛ فلا يكون الموضوع محرزاً، فتدبَّر.

٥١٨ ـ قوله ﷺ **:(ومما ذكرنا يظهر وجه ...الخ)**[٣].

أقول: هذه الرواية ظاهرة الدلالة بالتقريب الذي ذكر؛ حيث إنَّها أسندت الحلية إلى نفس المال، لا إلى التصرف المنصرف إلى غير انشاء الفسخ، فنفي حلية المال يشمل انشاء الفسخ أيضاً فتدل على أنَّ التملّك بالفسخ غير حلال، أي غير ممضىٰ.

إلّا أنْ يقال: إنَّ الحلية فيها ظاهرة في الحلية التكليفية، ولا مانع من كون التملّك

---

(١) تعليقة ١٨٠.

(٢) هكذا في الاصل، وفي نسخة «أ» «يحصل».

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٠.

والفسخ حراماً ومؤثراً.

والحاصل: أنّ ظهورها في الحرمة التكليفية يكشف عن أنّ المراد نفي حلية التصرفات المتعلقة بالمال، وحينئذٍ يمكن دعوىٰ الانصراف، وعلى فرض الشمول لمثل الفسخ لا دلالة فيها على عدم تأثيره؛ فيجيء الاشكال المتقدّم، من أنّ كونه مال الغير مشكوك بعد الفسخ، فتأمّل.

٥١٩ ـ قوله؟: (لكن لا يبعد منع صدق ...الخ)[١].

أقول: الحق أنّ الشرط بمعنى مطلق الالزام والالتزام فيشمل الشروط البدوية، ويدل عليه ـ مضافاً إلى التبادر، وما عن الصراح[٢] من أنّه بمعنى العهد ـ اطلاقه في الأخبار كثيراً على الشرط البدوي، مثل قوله؟ (ما الشرط في الحيوان ؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري)[٣] وقوله؟ (في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري)[٤]، وقوله؟ في شراء الجارية (إذا قبّل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته)[٥]، إلى غير ذلك، فانّ المراد به في هذه الموارد عهد الله بالخيار.

هذا مضافاً إلى الفقرتين المذكورتين في المتن، وتوجيههما على وجه يكون الالتزام في ضمن شيء بعيد لا حاجة إلى ارتكابه، مع أنّ الداعي إلى التخصيص إنْ كان عبارة القاموس فهي محمولة على المثال، وبيان المعنى على سبيل الاجمال، وإلا فمن المعلوم عدم الاختصاص بالبيع ونحوه من المعاملات، فانّ الشرط في الفقرتين بناءً على توجيههما أيضاً لا ينطبق على ذلك، وعلى ما ذكرنا فهذه الرواية من أقوى الأدلة على اللزوم.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١.
(٢) هكذا في الاصل والظاهر انها الصحاح .
(٣) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٥.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ١.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ٣.

٥٢٠ ـ **قوله**ﷺ: **(أو علاقة تتفرّع على الملك ...الخ)**[١].

أقول: يمكن أنْ يقال إنّ علاقة الملك لها مراتب، والزائل بعض مراتبها، وقد بقي بعضها، وجواز التصرف معلّق على ذلك البعض بناءً على عدم توقف جواز التصرف في زمان الخيار لمن له الخيار على الفسخ أولاً، والحكم بجوازه بلا نية الفسخ أيضاً، غاية الأمر أنّه يصير من استصحاب الكلي إذا شك في وجوده أولاً في ضمن الفرد الباقي، فتأمّل.

٥٢١ ـ **قوله**ﷺ: **(إلى عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ ...الخ)**[٢].

أقول: هذا هو التحقيق بناءً على إفادة الآية للعموم الأزماني، لكنه خلاف مختار المصنف كما سيأتي[٣] تحقيق الحال إنْ شاء الله.

ثم إنّ استصحاب الخيار مع الاغماض عن العمومات مما لا مانع منه إلا دعوى كونه من قبيل الشك في المقتضي، وقد بُيّن في محله حجيته، أو دعوى أنّه من استصحاب الكلي التبدلي.

وفيه: أنّه ليس كذلك بل هو من استصحاب الكلي المحتمل وجوده من الأول في ضمن الفرد الباقي أيضاً، حيث إنّه يحتمل تحقق خيار آخر غير خيار المجلس من الأول، إلا أنْ يكون الشك في حدوثه حين زوال خيار المجلس.

٥٢٢ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمّل ...الخ)**[٤].

أقول: لعل وجهه أنّ الكلام مع الاغماض عن العموم، إذ مع فرض وجوده لا معنى للتمسك باستصحاب الملكية أيضاً، فلا تغفل.

٥٢٣ ـ **قوله**ﷺ: **(نعم هو حسن في خصوص المسابقة ...الخ)**[٥].

أقول: الظاهر جريان الاستصحاب في جميع المعاملات؛ إذ الأصل بقاء أثرها

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٣.
(٣) تعليقة ٨٠٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٣، اشار في الحاشية الى أنها في بعض النسخ.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٣.

وعدم زواله إلا بالفسخ على وجه شرعي كائناً ما كان ذلك الأثر، فتدبَّر.

٥٢٤ ـ قوله ﷺ: **(فانَّ الأصل عدم قصد** ...الخ)[١].

أقول: هذا إنَّما يثمر إذا كان جواز الرجوع معلّقاً على عنوان عدم القربة، وأما إذا كان معلّقاً على عنوان الهبة فلا كما لا يخفىٰ، إذا الأصل لا يثبت العنوان، فتدبَّر.

٥٢٥ ـ قوله ﷺ: **(بل يرجع في أثر** ...الخ)[٢].

أقول: هذا في غير صورة التنازع، وأمَّا فيها فيمكن أنْ يكون الحكم بالتحالف، والأقوىٰ أنَّه يختلف الحكم باختلاف تحرير الدعوىٰ، فانْ جعلا النزاع في أصل العقد فالحق التحالف، وإنْ كان نزاعهما في ثبوت شغل الذمة بالعوض وعدمه فكما ذكره المصنف .

٥٢٦ ـ قوله ﷺ: **(حكم بالبراءة التي هي** ...الخ)[٣].

أقول: يمكن أنْ يقال إنَّه إذا فسخ العقد يعلم إجمالاً إما بخروج العين عن ملكه أو بثبوت العوض عليه، فلا يمكنه اجراء البراءة؛ وذلك لأن لازم البيع العوض، ولازم الهبة الانفساخ بالفسخ، فتدبَّر .

٥٢٧ ـ قوله ﷺ: **(لعموم على اليد** ...الخ)[٤].

أقول: هذا بناءً على أنَّ المستفاد من العموم المذكور كون اليد مقتضياً للضمان؛ فلا يضره كون الشبهة مصداقية، إذ الاصل حينئذٍ عدم المانع من اقتضائها للضمان، لكن لا يخفىٰ ما فيه .

٥٢٨ ـ قوله ﷺ: **(كان الأصل البراءة أيضاً** ...الخ)[٥].

أقول: الرجوع إلى البراءة فرع عدم امكان التمسك بالعموم، وإلا فالوجه الضمان

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٤.

وإنْ جعلنا المستند دخوله في ضمان العين؛ إذ عليه لا يرتفع العموم من البين، غاية الأمر تعدد موجب الضمان.

نعم، يتم ما ذكره إذا قلنا إنَّ العموم لا يكفي إلا في صورة كون ذي اليد داخلاً في ضمان العين ومُقْدِماً عليه، فتدبَّر.

الأوَّل

خِيارُ المَجلِسِ

أقسام الخيارات

الاول: خيار المجلس

٥٢٩ ـ قوله ﷺ: (مضافاً إلى أنّ مفاد ...الخ)[١].

أقول: يعني أنّ مقتضى أدلة الخيار ثبوته في مورد يكون الشخص مسلّطاً على التصرف في العوض المنتقل إليه حتى يمكنه نقله إلى الطرف المقابل بـالفسخ، وفي المفروض ليس كذلك؛ إذ ليس أمر المـال بـيد الوكـيل، وإنّـما هـو مسـلّط بمقتضى الوكالة على مجرد إيجاد الصيغة.

قلت: يمكن منع ذلك، بل القدر المسلم اعتبار السلطنة على نفس العقد إيجاداً وإعداماً، ألا ترىٰ أنّه لو كان وكيلاً في أصل المعاملة بأنْ جعل أمرها إليه من غير أنْ يكون وكيلاً في التصرف في العين كفىٰ في ثبوت الخيار على التحقيق الآتي[٢]، وإنْ لم يكن كذلك عند المصنف، فالمدار على السلطنة على المعاملة مطلقاً وإنْ لم يكن مسلّطاً على سائر التصرفات في العين، ولعل هذا مراد جامع المقاصد من الانصراف إلى العاقد المالك، بأنْ يكون مراده مالك العقد لا مالك العين، فتأمّل.

فالأولىٰ أنْ يقال: إنّ الأدلة منصرفة إلى صورة السلطنة على العقد، وفي الوكيل في مجرد إجراء الصيغة ليس كذلك، فلا يثبت له الخيار.

فانْ قلت: فعلى هذا لا بدّ في اثبات الخيار من اثبات السلطنة على العقد، وهو عين الخيار، فيلزم توقف اثبات الخيار على اثبات الخيار.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٩.

(٢) تعليقة ٥٣٣.

قلت: هذا إنّما يلزم إذا اعتبرنا السلطنة الشرعية ولا نقول بذلك، بل نقول إنّ ثبوت الخيار شرعاً فرع ثبوت السلطنة العرفية على العقد بحيث يكون أمره بيده؛ ولو بأنْ يكون له الفسخ مع رضا الطرف المقابل كما في القسم الآخر من الوكيل، والوكيل في مجرد اجراء الصيغة ليس له الفسخ ولو مع رضا الآخر.

وبالجملة: كل مورد يجوز له الاقالة يثبت له الخيار، وكل مورد لم يثبت له الاقالة لا ينصرف إليه الأدلة وليس له الخيار، والوكيل المذكور ليس له الاقالة.

٥٣٠ ـ قولهﷺ: **(ألا ترى أنّه لو شك ...الخ)**[١].

أقول: محصله أنّه يدل على ما ذكرنا من إعتبار المفروغية المذكورة عدم امكان الاستدلال بأدلة الخيار على نفي الانعتاق، وعدم الوجوب في الموارد المذكورة؛ إذ الوجه في عدم امكان الاستدلال هو عدم مفروغية السلطنة على المبيع المنتقل إليه لفرض الشك في الانعتاق، وفي وجوب صرفه في النذر أو النفقة، كيف ؟ ولو لم يكن المفروغية معتبرة جاز التمسك بأدلة الخيار، والحكم بجواز الفسخ الذي لازمه عدم الانعتاق، وعدم وجوب الصرف.

وفيه: أنّه إنْ كان المراد أنّا لا نحكم فعلاً بالخيار في هذه الموارد فهو ممنوع؛ إذ مع الشك في الانعتاق أو وجوب الصرف يرجع إلى الأصل فيهما؛ فلا مانع من عموم أدلة الخيار، بل مع العلم بكونه ممن ينعتق عليه أو يجب عليه صرفه في النفقة أو النذر يمكن الحكم بالخيار؛ لأنّه حق ثابت في العقد، والانعتاق أو الوجوب فرع عدم ازالته بالفسخ، فتدبّر.

وإنْ كان المراد أنّا لا نجعل أدلة الخيار دليلاً على العدم وإنْ كنا نحكم بالعدم من باب الأصل، ونحكم بالخيار أيضاً ففيه أنّه مع فرض اعتبار المفروغية المذكورة أيضاً لا نجعلها دليلاً على العدم؛ لأنّ أدلة الخيار ليست متكفلة لحال الانعتاق وعدمه، أو وجوب الصرف وعدمه.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٩.

٥٣١ ـ **قوله**ﷺ: (**وإنْ لم يكن من تعارض** ...الخ)[١].

أقول: وذلك لتعدد المورد، فانَّ خيار الحيوان لا دخل له بخيار المجلس؛ فلا ينافي كون الأول خاصاً والثاني عاماً.

٥٣٢ ـ **قوله**ﷺ: (**وأضعف منه** ...الخ)[٢].

أقول: الأضعفية ممنوعة، بل هذا لازم القول المذكور؛ إذ مقتضى كون الخيار للوكيلين كونه حقاً ثابتاً للعاقد في عقده، نظير السلطنة على الرد بالنسبة إلى الايجاب، فلا يناط برضا الموكل وعدمه؛ حتى يثمر منعه في عدمه، فتدبَّر.

٥٣٣ ـ **قوله**ﷺ: (**ونسبة الفعل إليهما شائعة** ...الخ)[٣].

أقول: يعني أنَّه يقال باعاه ولو صدرت الصيغة من وكيلهما، فيمكن شمول لفظ البيّع لهما وإنْ قلنا بكون الاطلاق المذكور مجازاً؛ إذ المدار في الاخبار على الانفهام العرفي وإنْ كان بعنوان المجاز، وعلى هذا فلا بدَّ من استعمال قوله (البيّعان) في عموم المجاز، أي من انتسب إليه البيع، سواء كان بيّعاً حقيقةً أو مجازاً.

ويمكن دعوىٰ كون الاطلاق على الحقيقة أيضاً، ولا ينافي كون الوكيل أيضاً بيّعاً حقيقةً لامكان كون فعل واحد منسوباً حقيقةً إلى فاعلين، أحدهما سبب والآخر مباشر، فيقال «أحرق زيدٌ عمرواً» و«أحرقت النار عمرواً» كل واحد منهما على وجه الحقيقة، غاية الأمر أنَّ احراق زيد إنَّما يكون بالآلة، وهذا لا ينافي كون النسبة إليه على وجه الحقيقة، فالنار بالنسبة إليه كالخشب بالنسبة إلى الضارب، بل يمكن هذه الدعوى في جميع الأفعال التوليدية، فالضرب مؤدب، كما أنَّ زيد الضارب مؤدب، فتدبَّر.

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٠.

٥٣٤ ـ قوله ﴿قدس سره﴾: (فإنْ كان وكيلاً مستقلاً ...الخ)[١].

أقول: ولو مات الوكيل في المجلس فهل ينتقل خياره إلى وارثه أو إلى الموكل أو يسقط وجوه، من عموم دليل الارث، ومن أنَّ الحق في الحقيقة للموكل، لأنَّه إرفاق به، وتصرف في ماله، ومن الشك في شمول عموم الارث، وأنَّ الموكل التزم بنظر الوكيل لا وارثه.

والأقوىٰ كونه للوارث؛ للعموم، والانصراف ممنوع، ولا وجه لانتقاله إلى الموكل سواء قلنا له أيضاً الخيار أو لم نقل؛ لأنَّه لا دليل على الانتقال إليه، ولا يلزم من كون الخيار ارفاقاً به انتقاله إليه، بل إنْ كان له أصالةً فهو، وإلا فالانتقال إليه يحتاج إلى دليل، هذا.

ولو قلنا في الصورة السابقة بالخيار للوكيل فالقول بانتقاله إلى وكيله بالأولىٰ؛ حيث إنَّ التعبدية فيها أظهر، وكون الخيار فيها حقاً للعاقد في عقده أوضح، ولازمه الانتقال إلى وارثه.

ودعوىٰ أنَّ الخيار من شؤون الوكالة الزائلة بالموت مدفوعة بمنع ذلك، ومجرد كونه جائياً من قبل الوكالة لا يستلزم أنْ يكون دائراً مدارها، فتدبَّر.

ثم هل يبطل خيارهما بعزلهما وجهان، من أنَّ الحق لهما بمقتضى العقد، ومن أنَّ ذلك من جهة كونهما بمنزلة الموكلين في السلطنة على التصرف، وكونهما كذلك فرع بقاء النيابة، وهذا هو الأقوى في هذه الصورة.

وأمَّا في الصورة السابقة بناءً على القول بثبوته للوكيلين فالاقوىٰ عدم البطلان، والسر في الفرق أنَّ القول به هناك كان من جهة دعوىٰ أنَّ الحق ثابت للعاقد كائناً من كان، بخلاف المقام حيث إنَّ القول به من جهة أنَّهما متصرفان ومسلطان على التصرف، فكأنهما نفس المالكين، ومع العزل يبطل هذا الأمر، فتدبَّر.

٥٣٥ ـ قوله ﴿قدس سره﴾: (ولكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة ...الخ)[٢].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣١.

أقول: هذا هو الأقوى عندي أيضاً.

٥٣٦ ـ **قوله**ﷺ:(**وليس المقام من تقديم** ...الخ)[١].

أقول: هذا إذا قلنا إنَّ هناك خياراً واحداً ثابتاً لكل واحد من حيث إنَّه من مصاديق البيّع، وأما إذا قلنا إنَّ لكل واحد من الموكل والوكيل خياراً مستقلاً، وأنَّه متعدد فيكون المقام من مسألة تقديم الفاسخ؛ إذ السر فيه تعدد الحق، والمفروض في المقام ذلك، والحق ما ذكره المصنف؛ لأنَّ الظاهر من البيّع الجنس لا العموم، فتدبَّر.

٥٣٧ ـ **قوله**ﷺ: (**أقواها الأخير** ...الخ)[٢].

أقول: الأقوىٰ أنَّه يكفي في سقوط الخيار تفرّق أحد الشخصين الوكيل أو الموكل، وذلك لأنَّ الظاهر أنَّ الحكم معلّق على صدق التفرّق، لا على صدق عدم التفرّق،والمفروض صدقه وإنْ كان يصدق عدمالتفرّق أيضاً مع بقاءأصيل أو وكيل.

٥٣٨ ـ **قوله**ﷺ:(**والظاهر حينئذٍ عدم الخيار** ...الخ)[٣].

أقول: قد أشرنا أنَّ التحقيق ثبوته؛ لأنَّ المدار على مالكية أمر العقد، لا مالكية التصرف في المال.

٥٣٩ ـ **قوله**ﷺ:(**تفويض الأمر** ...الخ)[٤].

أقول: ولا فرق في عدم جواز ذلك بين أنْ يكون قبل العقد حين التوكيل، أو بعد جريان الصيغة، نعم يجوز نقل الخيار إليه، بل للأجنبي بعنوان المصالحة إنْ قلنا إنَّه من الحقوق القابلة للنقل كما هو الظاهر.

٥٤٠ ـ **قوله**ﷺ: (**فتأمّل** ...الخ)[٥].

أقول: وجهه واضح؛ حيث إنَّ الاجازة تصحيح للعقد لا اسقاط للخيار، فتدبَّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٣٢.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٤.

❑ هل يثبت الخيار اذا كان العاقد واحداً

٥٤١ ـ **قوله** ﷺ: **(لو كان العاقد واحداً ...الخ)**[١].

أقول: يعني إذا اشترى لنفسه عن غيره، أو اشترى لغيره عن نفسه، أو عن غيره فصور المسألة ثلاث، وعلى هذا قوله (عن نفسه أو غيره) يتعلق بالقسمين الأولين في الجملة لا بأنْ يكون كل واحد من كونه لنفسه أو غيره منقسماً إلى قسمين؛ إذ لا يتصور شراءه لنفسه عن نفسه، وقوله (ولاية أو وكالة) قيد للغير في الموضعين.

٥٤٢ ـ **قوله** ﷺ: **(والغاية فيه الافتراق ...الخ)**[٢].

أقول: هذا إنَّما يتم إذا كانت الغاية قيداً في الحكم وليس كذلك ؛ إذ ليس الحكم هو الخيار المقيد بما قبل الافتراق؛ حتى لا يتحقق في صورة الاتحاد، بل الظاهر من الخبر أنَّ الخيار ثابت لكل من المتبايعين، وغايته التفرّق، بمعنى أنَّه إنْ حصل يرتفع الخيار، لا أنَّه يختص بما إذا حصل التفرّق، ولذا لو فرض تلازم البيعين كما إذا باع أحد الشخصين المتلاصقين أو الشريكين في الرجلين[٣] من الآخر لا نقول فيهما بسقوط الخيار، مع أنَّه لا يحصل الافتراق بينهما.

وبالجملة: الوجه في عدم ثبوت الخيار أمران:

أحدهما: كون الموضوع لفظ البيّعين الظاهر في التعدد.

وفيه: أنَّه لبيان حكم كل منهما كسائر أحكامهما على ما بيّنه المصنّف ، فلا ينافي اجتماعهما في موضوع واحد.

الثاني: جعل الغاية الافتراق.

وفيه: أنَّ الغاية ليست مقيدة للحكم، ألا ترى أنَّه لو قال «أكرم زيداً إلى أنْ يفسق» لم يرد الاكرام المقيد بكونه قبل الفسق، بل المراد أنَّ الفسق إذا حصل يرتفع

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٥.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٦.

(٣) بأنْ يكون أعلاهما رجلين، وليس لهما في الاسفل إلا رجلان.

الوجوب، وهكذا في نظائره، فالحق ثبوت الخيار له من الجانبين، وله اسقاطه من أحدهما وإبقاء الآخر.

٥٤٣ ـ قوله ﵀: (فالظاهر بقاؤه ...الخ)[١].

أقول: يمكن أنْ يقال يبقى إلى مقدار طول مجلس نوع المتعاقدين، بمعنى مقدار أطول المجالس أو أوسطها، فتأمّل.

❑ البيوع التي لا يثبت فيها خيار المجلس

٥٤٤ ـ قوله ﵀: (قد يستثنى ...الخ)[٢].

أقول: يمكن عدُّ هذه الموارد من المسقطات أيضاً، وإنّما لم يعدها منها لأنّها ترجع إلى عدم المقتضي؛ لأنَّ كون المبيع ممن ينعتق عليه ـ مثلاً ـ لا مقتضي فيه للخيار، فلا يكون من قبيل السقوط.

لكن التحقيق عدّها منها؛ لأنَّ المقتضي نفس العقد، وكون المبيع كذا مانع عن تأثيره، كما أنَّ شرط السقوط والاسقاط كذلك، فتأمّل.

٥٤٥ ـ قوله ﵀: (واحتمل في الدروس ...الخ)[٣].

أقول: أي ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين، بدعوى أنَّ الانعتاق إنّما يحصل بعد مضي زمان الخيار، أو مراعىً بعدم الفسخ، ويمكن تأييده بأنَّ ما دلَّ على عدم الملك في الأب والأم ونحوهما منصرف إلى الملك المستقر الباقي، فلا ينافي الملكية المتزلزلة، فالانعتاق تبع للملك المستقر، ويمكن توجيهه بأنّه وإنْ كان يحصل الانعتاق بمجرد الملك إلا أنّه متزلزل يقبل العود إلى الرقية، وما دلَّ على أنَّ الحر لا يعود رقاً إنّما هو في الحرية المستقرة أو الاصلية كما يظهر مما سينقله عن السرائر بالنسبة إلى خيار العيب، هذا، ولكن نظر الشهيد إلى الوجه الأول.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٧.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٣٨.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٣٨.

٥٤٦ ـ **قوله**ﷺ: **(وإلا فلا اشكال في ثبوت** ...الخ)[١].

أقول: وذلك لأنّ الموجب للانعتاق ـ الذي هو المانع عن الخيار ـ الملكية، لا نفس الشراء بما هو هو؛ لأنّه ليس في الأخبار «لو اشترى قريبه ينعتق عليه»، بل الموجود أنّه لا يملك أبويه[٢] أو ابنه، أو نحو ذلك كقوله (إذا ملكوا اعتقوا)[٣]، فالعتق معلّق على الملكية الغير الحاصلة إلا بعد الخيار على هذا المذهب، فلا وجه لعدم الخيار.

نعم، لو كان هناك خبر دال على الانعتاق بالشراء أمكن دعوىٰ أنّه بمجرده يحصل وإنْ لم نقل بالملك، ولم أعثر على مثل هذا المضمون، بل لولا الاجماع أمكن دعوىٰ بطلان شراء من ينعتق عليه، إذ قد عرفت أنّ الموجود أنّهم لا يملكون، وإذا ملكوا اعتقوا، ومقتضى هذا عدم امكان البيع الذي هو التمليك.

إلا أنّ الظاهر قيام الاجماع على صحة البيع وحصول الانعتاق، ولعله من جهة الجمع بين القواعد، وهي عموم دليل البيع، وعموم (لا عتق إلا في ملك)[٤]، وعموم قوله عليه السلام (إذا ملكوا اعتقوا) فانّ الجمع بين الجميع يقتضي ما ذكروه من صحة البيع، وتأثير الملكية الآنية ثم الانعتاق، أو الملكية التقديرية ثم الانعتاق على خلاف التحقيق، وتمام الكلام في محله.

٥٤٧ ـ **قوله**ﷺ: **(لكن الانصاف** ...الخ)[٥].

أقول: الانصاف يقتضي خلاف ذلك؛ وذلك لمنع كون الشراء اتلافاً؛ إذ المفروض أنّه لا يقصد منه إلا التملّك الحقيقي، والانعتاق حكم تعبدي شرعي قهري، بل لو قصد بالشراء الاعتاق بطل؛ لأنّ العتق فرع الملكية، وما سيجيء من سقوط الخيار بالاتلاف لا دخل له بالمقام كما لا يخفىٰ، ولا فرق في ذلك بين

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٣٨.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب العتق، ح ١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب العتق، ح ٧.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب العتق، ح ٥، قريب منه.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٣٩.

القول بحصول الملكية الحقيقية الآنية ثم الانعتاق، والقول بالملكية التقديرية، مع أنّ التحقيق هو الأول؛ إذ قد عرفت أنّه لا دليل على أنّ الشراء يوجب الانعتاق حتى يقال مقتضى الجمع بينه وبين قولهﷺ (لا عتق إلا في ملك) تقدير الملك ثم الانعتاق، بل الموجود أنّه لا يملك، وإذا ملك اعتق كما عرفت، فاللازم إما الحكم ببطلان أصل البيع لعدم امكان تأثيره الملكية التي هي مقتضاه، أو حصولها آناً ما ثم الانعتاق، وبعد الاجماع على صحة البيع لا يبقى إلا الثاني، وما دلّ على عدم ملكية المذكورين لا يدل على أزيد من عدم الملكية المستقرة.

والحاصل: أنّ الشراء ليس اتلافاً بحسب قصد المتعاقدين وإنْ علما بأنّ الحكم الشرعي ذلك، فهو كما لو باعا مع العلم بوجود خيار المجلس أو الحيوان فانّه ليس اقداماً على الخيار وجعلاً له؛ حتى يكون راجعاً إلى خيار الشرط، وإذا لم يكن اتلافاً فمقتضى العموم ثبوت الخيار، غاية الأمر أنّ نفس العين لما لم يمكن استرجاعها يجب دفع البدل، والمفروض أنّ الخيار إنّما هو في العقد، وليس حقاً في العين؛ فيكون المقام نظير ما إذا تلف أحد العوضين.

٥٤٨ ـ **قولهﷺ:(تقديري لا تحقيقي ...الخ)**[١].

أقول: يعني أنّه لو قلنا بكونه تحقيقاً لم يصدق الاتلاف؛ لأنّ المفروض كون قصدهما ايجاد الملكية دون الاعتاق، بخلاف ما لو قلنا بكونه تقديرياً فانّ أثر البيع حينئذٍ ليس إلا الاعتاق فيكون الاقدام عليه اقداماً على الاعتاق، وانشاؤه انشاءً له، ولكن قد عرفت أنّه ليس كذلك، بل الانعتاق حكم قهري، ولا فرق بين القولين في كون المنشأ ايجاد الملكية، وإلا بطل البيع؛ إذ لا يمكن انشاء العتق بالبيع الذي مقتضاه التمليك، هذا مع أنّ التحقيق هو الملك الحقيقي لا التقديري كما عرفت، ولعله إلى ما ذكرنا أشار بقوله «فتأمّل».

فلا فرق بين العالم بالحكم والجاهل في عدم صدق الاتلاف، خصوصاً بالنسبة إلى البائع، ألا ترى أنّه لو علم البائع أنّ المشتري يخرج العين عن ملكه بعد الشراء

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٠.

بلا فصل فأقدم على البيع منه لا يقال إنّه أقدم على اتلاف ماله فلا خيار له، إذا كان البيع خيارياً، بل يبقى خياره، غاية الأمر أنّه يرجع إلى البدل لو لم تبقَ العين.

٥٤٩ ـ قولهﷺ: **(وقد يقال إنّ ثبوت** ...الخ)[١].

أقول: هذا التفصيل إنّما يناسب إرادة اثبات الخيار بالنسبة إلى نفس العين، لا بالنسبة إلى القيمة كما هو مراد المفصِّل؛ إذ على هذا لا فرق بين تقارن التعلقين وتقدم أحدهما؛ إذ غاية الأمر أنّ العتق يحصل بمجرد العقد فيكون بمنزلة تلف المبيع، وهذا لا ينافي الخيار الذي هو حق في العقد.

نعم، لو قلنا إنّ الخيار يتوقف على الملك، بخلاف العتق، وأنّ العقد لا يؤثر في الملك أصلاً، وإنّما أثره حصول الانعتاق من أول الأمر لا يثبت الخيار، لكن هذا الوجه واضح الفساد، مع أنّه يكفيه الملك التقديري الذي لا بدَّ من التزامه لا أقل، فالحق ما ذكره من الثبوت جمعاً بين الحقين ...الخ.

ثم إنّ ما ذكره من نصية أخبار العتق ـ على فرض تسليمه ـ لا يقتضي عدم الخيار بعد كونه في نفس العقد دون العين، فلا ينافي ثبوته بالنسبة إلى القيمة، وكونها بدلاً عن العين لا يضر، وما ذكره من امتناع استحقاقها من دون المبدل لا محصل له؛ إذ المبدل ـ وهو العين ـ قد حصل في ملكه، ثم تلف عليه.

ثم لا محصل لقوله (وبالاجماع على عدم امكان ...الخ) إذ لا يلزم زوال يد البائع عن العوضين على شيء من تقديري الفسخ وعدمه؛ إذ مع عدمه يبقى له الثمن، ومع الفسخ يأخذ القيمة.

ثم قوله (وتنزيلاً للفسخ منزلة الارش) لا ربط له بالمطلب كما لا يخفى.

٥٥٠ ـ قولهﷺ: **(أقول: إنْ قلنا** ...الخ)[٢].

أقول: التحقيق هو الوجه الأول؛ إذ لا معنى للفسخ إلا رد ما انتقل عنه إلى ملكه، ورد ما انتقل إليه إلى ملك مالكه الأول، وذلك لأنّه حل العقد الأول، فكل ما كان

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤١.

مفاده يعود ويرجع إلى الحالة الأولىٰ، ومن المعلوم أنَّ مفاد العقد تمليك كل منهما صاحبه ماله بعوض، فالفسخ إعادة هذا المعنى من حينه، ولازمها ما ذكرنا.

وأما الوجه الثاني وهو دعوىٰ أنَّ الفسخ لا يقتضي أزيد من رد العين إنْ كانت موجودة، وبدلها إنْ كانت تالفة بدون اعتبار تلقّي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه.

ففيه: أنّه على هذا لا وجه لضمانه البدل؛ لأنَّ المفروض أنَّ العين تلفت في ملكه بلا ضمان منه، فما لم يقدّر كون العين التالفة ملكاً لمالكها الأول لا معنى للتضمين، هذا.

ولكن لا نسلّم أنَّ لازم الوجه الأول ما ذكره المصنّف من عدم الخيار؛ وذلك لأنَّ العبد وإنْ لم يمكن كونه مملوكاً للمشتري ويسترجعه البائع حقيقةً، إلا أنّه يمكن تقدير كونه مملوكاً له، فيقال ـ بعد الفسخ ـ إنَّ العبد الذي تلف عند المشتري بالانعتاق كأنَّه ملك للبائع حين الفسخ، وهو موجود عند المشتري، فلا بدَّ من اعطاء عوضه كما في سائر موارد الفسخ مع تلف العين، ولا يعتبر تقدير ملكه له قبل الانعتاق ليكون منعتقاً في ملكه، بل يكفي تقدير ملكيته حين الفسخ، وكذلك الكلام في صورة البيع في زمن الخيار، فانَّه لا يقدر بعد الفسخ كونه ملكاً للبائع قبل أنْ يبيع المشتري حتى يكون اتلافاً لماله، بل يكفي أنْ يقال إذا فسخ المبيع الذي هو كالتالف ملك للبائع الأول وهو عند المشتري حيث باعه وأخذ عوضه؛ فيجب عليه رده إليه برد بدله، وكذا الحال في التلف الحقيقي.

والحاصل: أنَّ تصحيح الفسخ مع التلف إنّما هو بدعوىٰ أنَّ الخيار حق متعلق بالعقد، ولذي الخيار أنْ يحل العقد من هذا الحين، وحينئذٍ يعود كل من العوضين اللذين وقع عليهما العقد من حين الفسخ إلى مالكه الأول، فانْ كان موجوداً فله أخذه، وإنْ كان تالفاً عند الآخر فيعتبر ويقدّر وجوده في عهدته فيؤخذ منه عوضه، وهذا المعنى ممكن الاعتبار فيما نحن فيه بعد كون الانعتاق بمنزلة التلف، فالتقدير إنّما هو حين الفسخ، بمعنى أنّه يقدّر التالف حين الفسخ موجوداً عند

المفسوخ عليه، لا أنْ يقدّر تملّك الفاسخ له قبل التلف ليصير مالاً له قبل التلف؛ ليكون مضموناً على الآخر؛ لمكان كون التلف في يده، هذا.

وعلى فرض اعتبار التقدير على هذا الوجه أيضاً لا مانع منه في المقام أيضاً كما لا يخفىٰ.

وكيف كان فلا ينبغي التأمل والاشكال في أنّ مقتضى القاعدة ثبوت الخيار بالنسبة إلى القيمة لكل من المتبايعين، وليس في انعتاق العبد في المقام مزية على سائر موارد تلف العين؛ إذ في الجميع لا بدّ من اعتبار كون التالف ملكاً للفاسخ، مع أنّه لا معنى لمملوكية التالف، ومع هذا لا معنى للضمان، مع أنّ المفروض أنّ تلفه كان على وجه لا يوجب الضمان؛ لأنّه تلف وهو ملك له، فكما يقدّر في سائر الموارد وجود التالف، ويقدّر كونه مملوكاً فعلاً للفاسخ، ويحكم بضمانه من جهة أنّه كأنّه موجود عند المفسوخ عليه، فكذا في المقام حرفاً بحرف.

٥٥١ ـ **قوله**ﷺ: **(إلا مع اقدام المتبايعين** ...الخ)[1].

أقول: قد عرفت أنّه ليس اقداماً على الاتلاف، كيف ؟ وإلا فلو باع عبداً بشرط أنْ يعتقه المشتري لزم أنْ لا يكون له خيار المجلس أو الحيوان بعد العتق، بل قبله أيضاً؛ إذ الشرط المذكور في قوة اسقاط الخيار على ما ذكره المصنف، وكذا في سائر البيوع إذا شرط عليه تصرفاً ناقلاً أو متلفاً، وكذا لو باع عبداً على من نذر عتقه إذا ملكه، فانّه مع علم البائع بذلك يلزم أنْ يسقط خياره، فتدبّر.

٥٥٢ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمّل** ...الخ)[2].

أقول: لعل وجهه وضوح الفرق بين المقام ومسألة اتلاف البائع، فانّه اتلاف لمتعلق الحق، بخلاف المقام فانّ الاقدام على البيع لا يكون اقداماً على تفويت متعلق الحق، هذا مع أنّ ارتفاع الخيار في تلك المسألة أيضاً ممنوع، ومما ذكرنا ظهر أنّ أهونية الدفع من الرفع لا تنفع في المقام، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٣.

بقي شيء: وهو أنّ لازم القول بعدم الخيار في بيع من ينعتق على المشتري سقوط الخيار إذا لم يكن ممن ينعتق عليه لكن اعتقه المشتري، فانّه لا يمكن أنْ يسترجع العبد لمكان انعتاقه، ولا يمكن خروجه عن ملك المشتري إلى البائع ؛ إذ لا يجوز تملك الحر، فكما أنّه لا يملك العمودين كذلك لا يملك الحر، فالمانع مشترك، كما أنّ المصحح ـ وهو التقدير ـ أيضاً مشترك، فلا تغفل.

٥٥٣ ـ قوله ﷺ: (ويمكن أنْ يريد بذلك ...الخ)[1].

أقول: لازم كون البيع المذكور استنقاذاً ـ بالنسبة إلى الكافر، بمعنى أنّ المشتري يستنقذه منه، وبيعاً بالنسبة إلى المشتري، بمعنى أنّ الكافر يبيعه ـ أنْ يكون الخيار للكافر دون المسلم؛ لأنّه البيّع على هذا التقدير، دون المشتري، هذا.

ولكن ظاهر العبارة أنّ الكافر مستنقذ، والمشتري مشتري، ولازمه ما ذكره المصنف، لكن ليس الأمر كذلك، إذ مع فرض امكان التفكيك الأمر بالعكس كما لا يخفى، فانّ المشتري معتقد لعدم ملكية الكافر، وهو معتقد لملكيته، فتدبّر.

٥٥٤ ـ قوله ﷺ: (والأقوىٰ في المسألة ...الخ)[2].

أقول: والأقوى أنّ الخيار بالنسبة إلى نفس العين أيضاً؛ إذ مقتضى نفي السبيل عدم الملكية المستقرة الباقية، فلا ينافي عوده إليه، ثم اجباره على البيع، كيف ؟ وإلا لزم الحكم بخروجه عن ملكه بمجرد الاسلام، فيكون البيع باطلاً واقعاً، وحينئذٍ فلا خيار حتى بالنسبة إلى القيمة أيضاً، بل لازمه عدم استحقاق الكافر للقيمة واقعاً لعدم مالكيته له؛ فيكون من قبيل التلف السماوي، ولا يمكن الالتزام بذلك، فتدبّر.

٥٥٥ ـ قوله ﷺ: (لعدم شمول أدلة الخيار ...الخ)[3].

أقول: إنْ قلنا بصحة شراء العبد نفسه، وأنّه شراء حقيقي كما لا يبعد؛ إذ لا مانع

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٤٥.

منه إلا دعوىٰ اعتبار مغايرة المبيع للمشتري، وأنّه لا يعقل تملّك الشخص لنفسه.

وفيه: أنّه يكفي المغايرة الاعتبارية، وهي مصححة للتملّك أيضاً، نظير تملّكه ما على نفسه، كالدين يبيعه الدائن من المديون، غاية الأمر أنّه بعد هذا الاعتبار يسقط المال عن كونه مملوكاً له، فلا وجه لعدم شمول دليل الخيار؛ إذ هو إما دعوىٰ الانصراف، وهو ممنوع، أو دعوىٰ أنْ يتعقبه الحرية فيكون نظير شراء من ينعتق عليه، وقد عرفت أنّه لا يمنع إلا رد العين، فلا ينافي الرجوع إلى القيمة.

٥٥٦ ـ قولهﷺ**: (فتأمّل ...الخ)**[1].

أقول: لعل وجهه أنّ عدم قابلية العين للبقاء؛ إذا فرض كونه مانعاً فانّما يمنع من امتداد الخيار بامتداد المجلس، وإلا فلا يقتضي سقوط أصل الخيار، وحينئذٍ فلا يتم ما دفع به كلام جامع المقاصد[2] من أنّه لا يسقط به إذا ثبت قبله؛ لأنّ المفروض ثبوته قبل التلف في الجملة، فتأمّل فانّه لا يتم على هذا كلام جامع المقاصد أيضاً؛ إذ هذا المقدار من الثبوت لا ينفع في الرجوع إلى القيمة مع التلف كما هو مراده.

والتحقيق: عدم اعتبار القابلية المذكورة بعد اطلاق الأدلة، وكون الخيار حقاً في العقد لا العين، وليس الغرض منه استرجاعها، بل التروّي لدفع الضرر الحاصل من المعاملة، وهذا لا يتفاوت فيه بقاء العين وعدمه.

بقي شيء: وهو أنّه لو كان المبيع ديناً على المشتري بأنْ باع ما عليه من الدين منه فالظاهر ثبوت خيار المجلس لكل منهما، ولا يضر سقوطه بمجرد البيع؛ إذ لا يبقى الدين مملوكاً للمديون، بل يسقط بمجرد الشراء، وحينئذٍ فاذا فسخ أحدهما لا يرجع الدين إلى البائع، بل يثبت له عوض ذلك الدين، فانّه تلف بمجرد الشراء، مثلاً لو كان له عليه منٌّ من الحنطة فباعه، ثم فسخ لا يرجع الحنطة إلى ذمته، بل عليه عوضها لأنّها تالفة بمجرد الشراء، ويحتمل القول برجوع نفس الحنطة، وذلك لامكان اعتبارها في ذمته، فكأنها تالفة، فليس حالها حال العين الشخصية

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٥.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧.

إذا تلفت بعد البيع، فانّه لا يمكن استعادتها، بخلاف الكلي في الذمة، فتدبّر.

❑ اختصاص خيار المجلس بالبيع

٥٥٧ ـ **قوله**ﷺ: (**فتنفسخ بفسخ البيع** ...الخ)[١].

أقول: على هذا أيضاً يكون الخيار في البيع لا فيها، غاية الأمر أنّ مقتضى تبعيتها له انفساخها بفسخه، وهذا لا يعد خيار فيها.

والأولىٰ أنْ يقال: بناءً على إرادة هذا المعنى أنّه يدخل الخيار فيها أنفسها إذا وقعت في ضمن العقد بعنوان شرط النتيجة، فانّ مقتضى القاعدة لزومها حينئذٍ لولا دخول الخيار فيها، فيمكن أنْ يقال بجريان الخيار، بأنْ يفسخ الوكالة المشروطة في البيع مع عدم فسخ أصل البيع، لكن هذا صحيح بالنسبة إلى خيار الشرط لعموم أدلته، وأما بالنسبة إلى خيار المجلس فلا؛ لاختصاص دليله بالبيّع.

٥٥٨ ـ **قوله**ﷺ: (**فتأمّل** ...الخ)[٢].

أقول: لعل وجهه أنّه لو كان مراد الشيخ ما ذكره السرائر جرى في جميع العقود الجائزة، لا خصوص المذكورات في كلام الشيخ، وأيضاً لم يكن مختصاً بمقدار زمان المجلس أو الشرط، وظاهر كلامه الاختصاص في المقامين، فلا وجه لحمل كلامه على هذا.

❑ مبدأ خيار المجلس

٥٥٩ ـ **قوله**ﷺ: (**وجوباً تكليفياً** ...الخ)[٣].

أقول: التحقيق عدم الوجوب التكليفي لعدم الدليل، وما ذكره العلّامة من لزوم الربا ممنوع، فان الظاهر أنّ مراده أنّه لو لم يتقابضا يكون كبيع الربوي نسيئة، وهو ربا.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٨، قد وردت في بعض النسخ كما اشار اليها في الهامش.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٤٩.

وفيه أولاً: أنّه إنّما يتم إذا كان العوضان من جنس واحد بأنْ يكون كل منهما ذهباً أو فضةً، لا في صورة بيع الذهب بالفضة.

وثانياً: مجرد عدم التقابض لا يلحقه بالنسيئة كما لا يخفىٰ.

وثالثاً: أنّ ترك التقابض يوجب البطلان فلا يبقى بيع؛ حتى يكون ربوياً، ومن الغريب أنّه حكم بوجوب التقايل إذا فرض عدم امكان التقابض؛ لئلا يلزم الربا إذا حصل البطلان بالتفرّق، قال في صرف التذكرة بعد ذكر اشتراط التقابض في الصحة (لو تعذر عليهما التقابض في المجلس وأراد الافتراق لزمهما أنْ يتفاسخا العقد بينهما، فانْ تفرّقا قبله كان ذلك ربا، وجرى مجرى بيع مال الربا بعضه ببعض نسيئة، ولا يغني تفرّقهما؛ لأنّ فساد العقد إنّما يكون به شرعاً كما أنّ العقد مع التفاضل فاسد، ويأثمان به)[1] انتهىٰ.

وأنت خبير بأنّه لا دخل لما نحن فيه بالبيع مع التفاضل؛ فانّ وجه حرمته كونه معاملة ربوية، بخلاف التفرّق في المقام فانّه ليس معاملة، غايته أنّه يجعل المعاملة السابقة ربوية على تقدير صحتها، والمفروض أنّه يوجب فسادها فلا يبقى للحرمة والاثم وجه، وكيف كان لا وجه للتمسك بالربا في وجوب التقابض في المقام، هذا.

وأما ما ذكره المصنف من دليل وجوب الوفاء بالعقد ففيه: أنّه لا معنى للوفاء بالعقد إلا ترتيب الأثر، والمفروض أنّ ذلك غير حاصل إلا بعد التقابض؛ لأنّه شرط في صحة العقد، فما لم يتحقق لا يتم العقد.

ودعوىٰ: أنّه شرط شرعي، وإلا فالعقد تمام بالنسبة إلى المتعاقدين؛ إذ المفروض تمامية معاهدتهما على النقل والانتقال، فيجب عليهما ابقاء هذه المعاهدة واتمامها بما جعله الشارع شرطاً في صحتها.

مدفوعة: بأنّ المفروض عدم تأثير هذه المقابلة قبل التقابض، فكيف يرتبان عليها الأثر؟! ولا يجب عليهما اتمام المعاهدة، بل إنّما الواجب العمل بها،

---

(١) التذكرة ١٠: ٤١٦.

والمفروض عدم وجوب العمل قبله، هذا.

مع أنّه يمكن أنْ يقال: لا يعقل وجوب ايجاد ما يكون شرطاً في صحة العقد؛ إذ مآله إلى وجوب ايجاد العقد، والحال أنّ الواجب العمل به، لا ايجاده، فتأمّل.

وقد يتمسّك في اثبات الوجوب بما دلّ من الأخبار على الأمر بالتقابض، أو النهي عن البيع إلا يداً بيد[1].

وفيه: أنّ مفاد هذه الأخبار الوجوب الشرطي لا الشرعي، فلا يمكن ارادتهما معاً كما لا يخفىٰ؛ فلا يمكن دعوىٰ امكان كون المراد الأعم.

والحاصل: أنّ الأمر دائر بين حمل هذه الأخبار على الوجوب الشرعي فقط، وحينئذٍ لا يستفاد منها الشرطية أو الشرطي فقط؛ فلا تكون دليلاً على المدعى، والجمع غير ممكن، والوجوب الشرطي مراد قطعاً، فلا يبقىٰ محل للاستدلال بها.

٥٦٠ ـ قوله ﷺ: (فلا يجب التقابض ...الخ)[2].

أقول: قد يتوهم أنّه إنْ بنينا على وجوب التقابض فكيف يجري الخيار الذي لازمه عدم وجوبه، فلو كان جريان الخيار موقوفاً على وجوبه يلزم من وجوده عدمه.

وفيه: أنّ الخيار موقوف على وجوب التقابض لو خلي وطبعه، وإنْ لم يكن واجباً من جهة الخيار فتأمّل، فان المفروض أنّ القائلين بوجوبه يقولون به فعلاً، ولازمه عدم الحكم بالخيار.

والأولىٰ أنْ يقال: إنّ وجوب التقابض معلّق على بقاء العقد والخيار في الفسخ، والابقاء لا يستلزم عدمه، غايته إنّما يمكن تفويت موضوعه، وهذا لا ينافي الوجوب المادامي، فوجوب التقابض حاصل فعلاً حتى مع الخيار، لكن له أنْ يفسخ العقد لئلا يبقى موضوعه، فهو نظير أنّ الصوم واجب فعلاً على المكلف الحاضر عيناً، لكن له أنْ يسافر فيرتفع موضوع الوجوب، فجواز السفر لا ينافي

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب الصرف، ح ٣، ٦، ٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٤٩.

وجوب الصوم في موضوع الحاضر.

٥٦١ ـ **قوله**ﷺ:(**ويمكن أنْ يكون أثر** ...الخ)[١].

أقول: ويثمر أيضاً في جواز الصلح عنه، هذا.

ويمكن أنْ يقال: لا يعقل الخيار في المقام؛ إذ هو ملك فسخ العقد، والفسخ إنَّما يتعلّق بالعقد الصحيح، والمفروض أنَّ الصحة موقوفة على التقابض، فقبل وجوده لا يتحقق موضوع الفسخ.

فانْ قلت: هذا إنَّما يتوجه إذا لم يتحقق التقابض في الخارج أصلاً، وأما إذا حصل التقابض بعد الفسخ فيكون المؤثر في البطلان هو الفسخ؛ إذ لولاه كان العقد صحيحاً لمكان حصول شرطه.

قلت: الشرط هو تقابض العوضين بما هما عوضان، ولا يعقل حصول ذلك بعد الفسخ؛ إذ التقابض بعده ليس وارداً على العوضين، فتأمّل.

فانْ قلت: البطلان قد يستند إلى الفسخ، وقد يستند إلى عدم التقابض، فاذا فرض سبق أحد السببين يستند المسبب إليه، والمفروض أنَّ الفسخ أسبق.

قلت: هذا إنَّما يتم إذا فرض إحراز الصحة قبل الأمرين؛ بحيث يكون كل منهما مبطلاً له، والمفروض أنَّ الصحة لا تتحقق إلا بالتقابض، فليس تركه مبطلاً للعقد، بل وجوده شرط في صحته، بمعنى أنَّ عدمه يكشف عن البطلان من الأول، نعم يتم ما ذكره إنْ قلنا بأنَّ العقد أثر في الملكية، وأنَّ ترك التقابض مبطل من حين التصرف، نظير الفسخ، أو قلنا أنَّه شرط في حصول الملكية، لا في صحة العقد، نظير معنى زمان الخيار على مذهب الشيخ، فانَّه لا يجعل ذلك شرطاً في صحة العقد، وإلا ورد عليه هذا الاشكال، بل يجعله شرطاً في الملكية، وإلا فالعقد صحيح، وليس له شرط متأخر، فحيئذٍ يمكن الفسخ لرفع هذه الأهلية، وهذا بخلاف ما لو جعلناه شرطاً في الصحة فانَّ الفسخ قبله كالفسخ بين الايجاب والقبول، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٤٩.

هذا ولكن التحقيق معقولية الفسخ؛ لأنَّ أثره رفع الأهلية عن العقد، وهي غير موقوفة على التقابض، بل حاصلة فعلاً حتى مع عدم حجيته أصلاً؛ إذ هو إنّما يكشف عن البطلان من الأول، بمعنى التأثير في النقل والانتقال فعلاً، لا البطلان بمعنى عدم الأهلية؛ ولذا يعقل في عقد الفضوليين قبل الاجازة ولو قلنا بكونها ناقلة، وإنّما لم نقل بثبوت الخيار لهما من جهة الانصراف.

نعم، لو قلنا إنَّ الفسخ بمعنى رفع الأثر المترتب على المعاملة فعلاً بحيث تحقق موضوع الوفاء ولو على سبيل الجواز، بأنْ يجوز الوفاء لم يمكن تحققه قبل تمامية شرائط الصحة، فتدبَّر.

٥٦٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وعليهما التقابض** ...الخ)[1].

أقول: هذا منافٍ لما نسب إليه سابقاً من وجوب التقابض، إذ مقتضى هذه العبارة أنَّ وجوبه متفرّع على اسقاط الخيار، وإلا فمع بقائه لا يجب كما هو المصرّح به في عبارة الدروس أيضاً، ومقتضى ما نسب إليه سابقاً وجوبه مطلقاً حتى قبل الالتزام واسقاط الخيار، غاية الأمر أنّه يجوز له الفسخ حتى يرتفع موضوعه حسبما بيّنا.

ثم إنَّ ظاهر قوله (فإنْ تفرقا قبله انفسخ العقد)[2] أنَّ التفرّق قبل التقابض مبطل من حينه، وهذا ينافي كونه شرطاً في الصحة، ويمكن توجيهه بأنّه موجب للانفساخ، بمعنى الخروج عن الأهلية، وإلا فهو كاشف عن الانفساخ، بمعنى عدم التأثير من الأول.

٥٦٣ ـ **قوله**ﷺ: **(ومما ذكرنا يظهر** ...الخ)[3].

أقول: وذلك لأنَّ مبدأ الخيار وإنْ كان من حين العقد، إلا أنَّ العقد لا يصير عقداً إلا بعد الاجازة، فمبدأ عقدهما أول زمان الاجازة، وإلا فهو قبلها غير مربوط بهما،

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٠.

(٢) التذكرة ١١: ٣٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٥٠.

ولو على القول بالكشف، فلا يعقل مالكية الفسخ قبلها بالنسبة إليهما، وإنْ كانت معقولة بالنسبة إلى الفضوليين.

لكن يمكن أنْ يقال: يكفي في ذلك كون العقد وارداً على مالهما فلهما الفسخ قبل الاجازة لاسقاطه عن الأهلية، هذا.

ولو كان أحدهما أصيلاً فالظاهر أنَّ مبدأ خياره من حين العقد، ومبدأ خيار الآخر من حين الاجازة، ولا يضر التفكيك، فتدبّر.

مسقطات خيار المجلس

❑ المسقط الأول: اشتراط سقوطه في ضمن العقد

٥٦٤ ـ قوله ﷺ: (باشتراط سقوطه ...الخ)[1].

أقول: يعني في ضمن ذلك العقد، وكذا إذا اشترط سقوطه في ضمن عقد آخر لازم أيضاً يسقط، ولا يرد عليه بعض الاشكالات الآتية، مثل اشكال الدور، واشكال كونه خلاف مقتضى العقد؛ إذ المفروض كونه في عقد آخر، وكذا اشكال كونه اسقاطاً لما لم يجب، إذا كان ذلك بعد البيع قبل مضي زمن الخيار.

نعم يرد عليه اشكال مخالفة السنة، وكذا إذا اشترط سقوطه في ضمن عقد جائز، ولا يضره جواز ذلك العقد، فانَّه بمجرد الشرط يسقط، ولا يعود بفسخ ذلك العقد، وكذا لا يعود بفسخ العقد اللازم بالاقالة، أو بحدوث سبب الفسخ بعد اللزوم.

فانْ قلت: الشرط تابع للعقد فاذا فسخ ينفسخ أيضاً بالتبع.

قلت: نعم، ولكن هذا فيما لم يكن من قبيل شرط النتيجة كالمقام، بل فيما نحن فيه نظير أنْ يشترط في ضمن عقد الوكالة سقوط دينه، فانَّه بفسخ الوكالة لا يعود، ومن نظائره ما إذا اشترط في ضمن بيع داره بيع فرسه، فباع الفرس ثم فسخ بيع الدار، فانَّه لا يبطل بيع الفرس.

فانْ قلت: الشرط بمنزلة الجزء لأحد العوضين، فلا بدَّ من عود مثله.

قلت: نعم، ولكن معنى عوده أنَّه لا يجب الوفاء به بعد الفسخ، وهذا إنَّما يتصوّر فيما لم يفِ به بعدُ، وأما إذا وفى به فلا معنى لعوده، نعم له أنْ يأخذ عوض ذلك

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥١.

الشرط؛ لأنّه قد تلف عنده، فيكون كما لو تلف بعض أحد العوضين، حيث إنّه يؤخذ منه القيمة حين الفسخ، مثلاً إذا اشترط الخياطة في ضمن عقد فخاط ثم فسخ يأخذ منه عوض الخياطة، ففي المقام أيضاً يأخذ عوض اسقاط الخيار، أو عوض بيع الدار، أو عوض إبراء الدين، أو نحو ذلك، فلا تغفل.

٥٦٥ ـ **قوله**﴿ر﴾: (**إذ فيه أنّ أدلة الخيار** ...الخ)(١).

أقول: لعل غرض المستدل أنّ هذا العقد من حيث اشتماله على الشرط كأنه ينحل إلى عقدين، بيع و شرط، وأخصية دليل الخيار إنّما تنفع بالنسبة إلى حيثية البيعية، لا بالنسبة إلى حيثية الشرطية، فلو فرضنا عدم وجود مثل قوله﴿ص﴾ (المؤمنون عند شروطهم) أمكن اثبات وجوب الوفاء بالشروط بـ﴿ أوفوا بالعقود ﴾، وإذا كان العقد المذكور بمنزلة عقدين، وفرض أنّ دليل الخيار أثبت الجواز في ذلك العقد من حيث تبعيته، لا من حيث شرطيته، فيكون عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ بالنسبة إلى حيثية الشرطية حاكماً على دليل الخيار، وإنْ كان أخص منه؛ إذ هو نظير ما إذا صالح عن اسقاط خياره بشيء، فان دليل وجوب الوفاء بهذا الصلح ولو كان عموم ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ وهو أعم من دليل الخيار إلا أنّه مقدّم عليه، وكذا إذا صالح على اسقاط الخيار في ضمن عقد البيع، كما إذا قال «بعتك وصالحتك خياري» فقال الآخر «قبلت» فانّ مقتضى صحة هذه المعاملة سقوط الخيار، ولا يضره كون دليل وجوب الوفاء عموم «أوفوا» فانّه مخصص بأدلة الخيار، بلحاظ كونه بيعاً، وباقٍ على عمومه بلحاظ كونه صلحاً، فتدبّر.

٥٦٦ ـ **قوله**﴿ر﴾: (**لوجوب العمل به شرعاً** ...الخ)(٢).

أقول: لا يخفى أنّه يكفي في المقام وجود دليل على صحة الشرط، ولو لم يدل على وجوب العمل به، إذا مع صحته يحصل السقوط فلا يبقى خيار، فلو فرض أنّ مفاد قوله﴿ص﴾ (المؤمنون) ليس إلا الامضاء كفى، بل وكذا الحال في سائر المقامات

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٢.

حتى مثل شرط الخياطة، فانّه إذا ألزم على نفسه فعل الخياطة وأمضى الشارع التزامه بها فيصير المشروط مالكاً عليه هذا الفعل، فيجب العمل به من جهة قاعدة السلطنة، ولا يحتاج في لزومه إلى كون الشرط واجب العمل شرعاً من حيث إنّه شرط، فهذا نظير ما لو قلنا بعدم دلالة «أوفوا» أو «أحل» على لزوم البيع، فبعد وجود دليل الصحة، وفرض إفادة البيع للملكية يكفينا عموم (الناس مسلطون)(١) ففي الشروط أيضاً إذا جاء دليل الامضاء حصل المؤدى، ونثبت لزوم العمل به بدليل الناس، بل وكذا الحال في النذر والعهد، فلو قلنا إنّ مفاد قوله تعالى ﴿وليوفوا نذورهم﴾(٢) ليس إلا الامضاء، وأنّه لا يفيد الوجوب نقول إنّ مقتضى صحة النذر كون المنذور لله، فيجب الاتيان به.

والحاصل: أنّه لو حملنا الأمر بالوفاء بالشرط أو النذر أو البيع أو نحو ذلك على الارشاد وقلنا إنّه لا يفيد الوجوب الشرعي لا يضر بمقصودنا من اثبات اللزوم والوجوب فيها، لامكان الاثبات بقاعدة الناس أو نحوها.

٥٦٧ ـ **قوله** ﴿ﷺ﴾: **(والرواية محمولة ...الخ)**(٣).

أقول: الانصاف أنّ هذه الرواية دليل على شمول أدلة الشروط للشروط البدوية، وأنّها أيضاً واجبة الوفاء، والاجماع على الخلاف ممنوع، مع أنّ في مورد الرواية ـ وهو شرط سقوط خيار [المآمرة](٤) ـ لا حاجة إلى اللزوم، بل يكفي فيه صحة الشرط؛ إذ مقتضى صحته السقوط؛ فلا يبقى محل لعدم الوفاء إلا أنْ يناقش في صحتها أيضاً، فتدبّر.

٥٦٨ ـ **قوله** ﴿ﷺ﴾: **(أمّا الأول فلأن الخارج ...الخ)**(٥).

أقول: محصل الجواب أنّ مقتضى عموم المؤمنون وجوب الوفاء بالشرط،

---

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، رواية ٩٩.
(٢) الحج، الاية ٢٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٥٣.
(٤) الصحيح ما تثبتناه، وفي الاصل (المراة).
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٥٤.

خرج منه الشرط في ضمن العقد الجائز فعلاً؛ لأنّ مقتضى كونه تابعاً للمشروط جوازه بجوازه؛ لعدم امكان التفكيك، وأمّا اللازم فعلاً ـ ولو كان لزومه لأجل الشرط ـ فلا دليل على خروجه؛ لأنّ المانع كان هو التفكيك بين التابع والمتبوع، وهو غير حاصل.

وفيه: أنّ مقتضى التبعية كونه لازماً بلزوم العقد، وجائزاً بجوازه فيعود المحذور، إلا أنْ يمنع التبعية المطلقة، ويقال إنّه تابع في الجواز فقط، لا في اللزوم، لكن هذا ليس معنى التبعية، بل هو في الحقيقة انكار لها، وقول بأنّ جواز العقد فعلاً مانع عن لزوم الشرط، فالأولى أنْ يقال إنّ مقتضى العموم وجوب الوفاء به، لكن جواز العقد فعلاً مانع عنه، ومع لزومه ـ ولو بلزوم الشرط ـ لا يبقى المانع.

لكن على هذا يبقى السؤال عن وجه المانعية، فإنْ كان هو التبعية يعود المحذور، وإنْ كان شيئاً آخر فلا بدّ من بيانه.

فانْ قلت: المانع هو التفكيك.

قلت: إنّه مانع إذ سلّمنا التبعية، وإلا فلا بأس به.

نعم، يمكن أنْ يقال: المانع هو الاجماع، لكن معه يسقط التقرير المذكور في المتن.

والتحقيق أنْ يقال: إنّ الشرط واجب الوفاء حتى ما كان في ضمن العقد الجائز، لكن وجوب الوفاء به مشروط ببقاء العقد، وفي العقد الجائز فعلاً يمكن الفسخ لئلا يبقى موضوع الشرط، وهذا معنى التبعية، لا أنّه جائز بجواز العقد، بمعنى أنّه يجوز فسخه وعدم العمل به ولو مع عدم فسخ العقد، فمعنى التبعية أنّه جائز بجواز العقد، لا أنّه جائز حين جواز العقد، وبعبارة أخرى جوازه عين جواز العقد، بمعنى أنّه فسخه يؤثر في رفعه أيضاً، لا بمعنى أنّه يمكن رفعه مع قطع النظر عن رفع العقد الذي هو موضوع له، ولعل هذا مراد الفقهاء القائلين بجواز الشروط في العقود الجائزة، لا أنّها جائزة في حد أنفسها.

والحاصل: أنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه حتى في العقود الجائزة، ولا

يضر به امكان فسخ العقد المقتضي لرفع موضوع الشرط، نظيره أنَّ الصوم في الحضر واجب عيناً، ولكن للمكلف أنَّ يسافر فيرتفع موضوع الوجوب، وكذا الاتمام واجب عليه عيناً، لكن يجوز له تبديل الموضوع بالسفر ليرتفع هذا الوجوب، ويثبت وجوب القصر.

ولا يقال: حينئذ إنَّه مخيّر بين القصر والاتمام، وحينئذ فيرتفع الاشكال في المقام؛ إذ الشرط إذاكان واجب العمل حتى في العقود الجائزة، فاذاكان مفاده لزوم ذلك العقد لا يبقى جوازه، فلا يمكن رفع موضوع الشرط، هذا.

ويمكن الجواب عن الاشكال المذكور بأنَّ شرط السقوط لا يقبل اللزوم والجواز، فلو لم يكن الشرط لازم الوفاء أيضاً كفى، إذ بمجرد الصحة كما هو المفروض يحصل السقوط، نعم لو كان راجعاً إلى اشتراط عدم الفسخ أو اشتراط الاسقاط يقبل الجواز كما لا يخفىٰ؛ فيحتاج إلى الجواب السابق ، فتدبّر.

٥٦٩ ـ قولهﷺ: **(وأما الثاني فلأن ...الخ)**[1].

أقول: محصله بعد التهذيب ـ وإنْ كان في العبارة تهافت لا يخفىٰ ـ أنَّ الاشكال بوجهين:

أحدهما: أنَّا نمنع كون الخيار من مقتضيات العقد مطلقاً حتى في صورة الشرط، بل الدليل إنَّما دلَّ عليه في صورة فقد الشرط، واطلاقه لا يشمل صورة وجوده، بل منصرف عنه .

والثاني: أنَّا سلمنا كون الدليل شاملاً للصورتين، إلا أنَّا نستكشف من النص والاجماع على جواز اسقاطه في الجملة أنَّه ليس من مقتضيات العقد على وجه لا يمكن تغيره، وحينئذٍ نقول إنَّ دليل الشرط لما كان حاكماً على أدلة الأحكام يدلُّ على امكان اسقاطه بالشرط أيضاً.

وأنت خبير بأنَّ الوجه الأول فاسد؛ إذ الاشكال في ظهور دليل الخيار وشموله للصورتين، كيف ؟ وإلا لم يكن الشرط مسقطاً، بل كان عدم الخيار من جهة عدم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٤.

الدليل، مع أنّ لازمه عدم ثبوت الخيار مع الاغماض عن صحة الشرط ووجوب الوفاء به أيضاً، فانّ المفروض أنّ وجه السقوط عدم شمول الدليل لصورة الشرط، فلا يتفاوت الحال بين صحته وعدمها، ولا يقول به المصنف أيضاً فضلاً عن غيره.

نعم، الوجه الثاني تام، إلا أنّ المصنف خلط بين مسألة مخالفة الشرط لمقتضى العقد، ومخالفته للشرع.

فالأولى أنْ يقال في الجواب عن الاشكال: أنّه إنْ كان المراد أنّ هـذا الشـرط مخالف لمقتضى العقد من حيث هو مع قطع النظر عن الحكم الشرعي فهو ممنوع أشد المنع؛ إذ ليس الخيار من مقتضيات جعل المتعاقدين، بل ولا من الأحكـام العرفية للبيع، وإنّما اقتضاه التمليك والتملّك، وهو حاصل مع عدم الخيار أيضاً، بل بالأولى.

وإنْ كان المراد أنّه مخالف لمقتضاه شرعاً ـ أي للأثر الذي رتبه عليه الشارع ـ فهو راجع إلى أنّه شرط مخالف للكتاب والسنة؛ حيث إنّ السنة حاكمة بالخيار، والشرط نافٍ له.

والجواب ما ذكره المصنف ثانياً من أنّ الشرط المنافي إنّما هو فيما كان الحكم الثابت بالشرط من الأحكام المطلقة التي لا تتغير أصلاً، والخيار في المقام ليس كذلك، فتدبّر.

٥٧٠ ـ **قوله** ﷺ: **(للاسقاط والارث** ...الخ)[1].

أقول: قابليته للارث لا دخل له بالمقام كما لا يخفىٰ.

٥٧١ ـ **قوله** ﷺ: **(كما لو اشترطا في هذا العقد** ...الخ)[2].

أقول: لو كان الاشكال من جهة مخالفته للمقتضى الشرعي لا يتفاوت الحال بين كونه في ذلك العقد أو في عقد آخر كما لا يخفىٰ.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٥.

٥٧٢ ـ **قوله**ﷺ: (**وأمّا عن الثالث بما عرفت** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت ما في هذا الجواب، والأولى أنْ يقال إنَّ شرط السقوط معناه شرط عدم الثبوت؛ فلا يكون اسقاطاً حقيقةً حتى يكون اسقاطاً لما لم يجب، مع أنَّ اشتراط السقوط في محل الثبوت ليس اسقاطاً لما لم يجب كما لا يخفىٰ ، وسيأتي تتمة البيان لهذا إن شاء الله.

٥٧٣ ـ **قوله**ﷺ: (**من هذا الوجه الثالث** ...الخ)[٢].

أقول: أمّا من هذا الوجه فواضح؛ إذ اشتراط سقوط الخيار فيه اسقاط لما لم يجب؛ إذ الخيار إنَّما يحصل بعد ذلك، إلا أنْ يقال الخيار ثابت لها بمجرد الكتابة، وزمان الفسخ متأخر، وفيه ما لا يخفىٰ.

وأما دفعه الاشكال من الوجه السابق فهو مبني على أنْ يكون الاشكال السابق مخالفة الشرط للشرع، وإلا فلو كان المراد به مخالفته لمقتضى العقد فالشرط في الصحيحة ليس في عقد الكتابة، ولا في عقد النكاح، مع أنَّ الخيار ليس من مقتضيات عقد الكتابة، ولا من مقتضيات عقد النكاح، بل هو من أحكام الحرية؛ فلا ربط لهذا الشرط بمسألة المخالفة للعقد كما لا يخفىٰ.

هذا، ولكن قال في المستند (وكون هذا الشرط مخالفاً للسنة المثبتة للخيار أو لمقتضى العقد ممنوع، لأنَّه إنَّما هو إذا شرط عدم ثبوت الخيار، لا سقوطه المستلزم للثبوت أولاً، فيشترط أنَّه يسقط بمجرد ثبوته، وهذا لا يخالف سنة، ولا مقتضى العقد، نعم لو شرط عدم ثبوت الخيار فالظاهر فساده، ولكن لا يبعد القول باستلزامه للايجاب؛ لدلالته التزاماً على الالتزام المسقط للخيار)[٣] انتهى.

وهو مخالف لما قلنا من جهات، والتحقيق ما عرفت، فتدبَّر.

٥٧٤ ـ **قوله**ﷺ: (**لأنَّ وجوب الوفاء بالشرط** ...الخ)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٥.
(٣) المستند ١٤: ٣٧٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٥٦.

أقول: أولاً يمكن منع وجوب الاجبار.

وثانياً: أنّه لا يدل على عدم التأثير؛ إذ لا ملازمة بينه وبين عدم التأثير، ألا ترى أنّه لو شرط البيع فلم يبع ولو بعد الاجبار لا يحكم بوجوب ترتيب أثر البيع.

وأمّا دعوىٰ عدم السلطنة على تركه فإنْ أريد بها عدم السلطنة الوضعية فهو أول الدعوىٰ، وإنْ أريد عدم السلطنة التكليفية فلا يجدي.

وأما حكمهم ببطلان بيع منذور التصدق فيرد عليه أولاً المنع، وثانياً نقول يمكن أنْ يكون من جهة حدوث حق للفقير في ذلك الشيء نظير حق الرهانة؛ فيكون هو المانع من تأثير البيع، إلا أنْ يقال في المقام أيضاً أنّه يحدث للمشروط له حق في خيار المشروط عليه يمنعه عن العمل بمقتضاه.

والتحقيق: منعه في المقامين؛ إذ النذر لا يثبت أزيد من الحكم التكليفي، وكذا الشرط في المقام، هذا.

وأما ما ذكره المصنف أخيراً (من أنّ الأوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط ...إلى آخره) ففيه أنّ وجوب الوفاء لا يقتضي ترتب آثار الشرط، وإنّما يقتضي وجوب العمل به، ففي المقام مقتضى العموم المذكور وجوب ترك الفسخ، لا ترتيب أثر عدم الفسخ؛ وذلك كما في عكسه ـ وهو شرط الفسخ ـ فانّ مقتضى وجوب العمل به ايجاده، لا ترتيب أثر الفسخ ولو مع عدم انشائه، ثم على فرض وجوب ترتيب أثر عدم الفسخ نقول إنّه مشروط ببقاء موضوعه، وهو عدم الفسخ.

وأمّا إذا فسخ فلا يبقى شرط حتى يجب الوفاء به، بمعنى ترتيب أثره، لا أقل من الشك، وهو مانع عن التمسك بالعموم كما قلنا بنظيره في عموم «أوفوا»، فراجع[1].

والتحقيق: تأثير الفسخ ونفوذه؛ لأنّه مقتضى الخيار المفروض عدم اسقاطه، وكذا نفوذ بيع المنذور عدم بيعه أو التصدق به، وما يتصوّر وجهاً لعدم النفوذ أُمور لا يتم شيء منها:

أحدها: ما ادعاه المصنّف أولاً من أنّ وجوب الوفاء يقتضي عدم السلطنة على

(١) تعليقة ٥٦٥.

تركه، الذي هو في معنى عدم السلطنة على الفسخ الراجع في الحقيقة إلى سقوط الخيار، ونظيره في بيع المنذور صدقته أنْ يقال إنَّه يخرج عن ملكه، وفي المنذور عدم بيعه أنَّه لا يبقى له ملكية البيع، فليس مسلّطاً على ماله بالتصرف البيعي، وإنْ كان مسلّطاً على سائر التصرفات.

وتوضيح هذه الدعوى أنْ يقال: إنّه إذا قال «بعتك على أنْ لا أفسخ» في قوة قوله «بعتك وجعلت لك فسخي» وإذا صار الآخر مالكاً لعدم فسخه فيبقى هو بلا سلطنة على الفسخ، وهذا معنى سقوط الخيار.

ولكن فيه: أنَّ الشرط التزام بعدم الفسخ، لا تمليك له، فالمجعول للمشروط له التزام ترك الفسخ لا نفس تركه، فتدبَّر.

الثاني: ما ذكره المصنّف أخيراً من أنَّ مقتضى العموم ترتيب أثر عدم الفسخ حتى بعد الفسخ، وفيه ما عرفت.

الثالث: أنَّ الفسخ منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد كما ركن إليه في المستند[1].

وفيه: أنَّ النهي متعلق بأمر خارج عن المعاملة.

الرابع: أنْ يقال إنَّ الشرط ثبت حقاً للمشروط له في خيار المشروط عليه، فهو ممنوع عن العمل بمقتضى خياره لمكان تعلق حق الغيرية، كما أنَّه لو شرط في العقد أنْ يبيع منه شيئاً معيناً يكون له فيه حق يمنعه عن البيع، بمعنى أنَّه يصير ملكيته لذلك الشيء غير طلق، نظير العين المرهونة، ففي المقام أيضاً يصير ملكيته للخيار غير طلق.

وفيه: منع تعلق الحق بالخيار كمنع تعلق حق المشروط له بالعين المشروط بيعه منه، وأنه إنَّما له على المشروط عليه حق الشرط، وليس هذا الحق متعلّقاً بعين خارجي أو غيره كالخيار فيما نحن فيه.

٥٧٥ ـ قوله ﴿رحمه الله﴾: (ومقتضى ظاهره ...الخ)[2].

---

(١) المستند ١٤: ٣٧٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٧.

أقول: يعني أنّ ظاهر الاشتراط الاسقاط بعد العقد بلا فصل، وإلا فمطلق الاسقاط بعد العقد مقتضى صريحه(١).

٥٧٦ ـ قوله﴿ره﴾: (الوجهان ...الخ)(٢).

أقول: لا يمكن في هذا المقام توجيه عدم التأثير، بأنّ شرط الاسقاط راجع إلى شرط السقوط، وإلا لم يحتج إلى الاسقاط، ففي المقام الخيار باقٍ قطعاً، والشك إنّما هو في امكان العمل به وعدمه.

فانْ قلت: مع فرض عدم تأثير الفسخ ما فائدة بقائه.

قلت: يسقط فيما لو أسقط المشروط له حق شرطه، فانّه يجوز حينئذٍ العمل بالخيار، بخلاف ما لو شرط السقوط، أو قلنا برجوع شرط عدم الفسخ إلى شرط السقوط، فانّه لا يعود الخيار باسقاط حق الشرط، فانّ الساقط لا يعود، فتأمل.

ثم إنّ الأقوى في هذا المقام أيضاً ما قوّينا في السابق من تأثير الفسخ، بل هذا المقام أولى كما لا يخفى.

٥٧٧ ـ قوله﴿ره﴾: (وجهان من عدم ...الخ)(٣).

أقول: لا وجه لعدم الخيار؛ لأنّ التخلّف حاصل؛ إذ المشروط هو الاسقاط بعد العقد بلا فصل على ما هو الظاهر، والمفروض عدم العمل به، ودعوى أنّ المقصود وهو ابقاء العقد حاصل كما ترى، وإلا لم يجب عليه الاسقاط، ولا معنى لدعوى أنّ التخلّف لا يحصل إلا إذا فسخ بعد فرض شرطية الاتصال، بل مع كونه موسعاً أيضاً يمكن التخلّف إذا علم من حاله أنّه لا يسقط.

ومما ذكرنا ظهر أنّه لا وجه لقوله (والأولى ...الخ)؛ إذ تأثير الفسخ وعدمه لا مدخلية له في صدق التخلّف بعد كون المفروض أنّه لو لم يسقط يبقى الخيار، والمشروط اسقاطه، والغرض كونه بحيث لا يمكن إعادته ولو باسقاط حق

---

(١) أي لا ظاهره.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٥٧.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٥٧.

الشرط، وبعبارة أخرى الغرض عدم كون العقد في معرض التزلزل، ولو لم يكن متزلزلاً فعلاً.

والحاصل: أنّه إذا قلنا ببقاء الخيار قبل الاسقاط فلا وجه لعدم صدق التخلّف سواء قلنا بتأثير الفسخ أو لا، وحينئذٍ لا بدّ من الحكم بالخيار للمشروط له، وإنْ قلنا بعدم بقاء الخيار فلا معنى للاسقاط ولاشتراطه.

بقي شيء: وهو أنّه لو لم يسقط حتى مات وانتقل الخيار إلى وارثه فهل يجب على الوارث الاسقاط أو لا ؟

الظاهر عدم الوجوب؛ لعدم كونه مشروطاً عليه؛ فله حينئذٍ الفسخ ويؤثر فسخه، وإنْ قلنا بعدم تأثير فسخ المورِّث؛ لأنَّ المانع منه هو وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض عدمه في حق الوارث، فعلى هذا يكون للمشروط له خيار تخلّف الشرط ما لم يفسخ الوارث.

ومن هنا يظهر اشكال آخر على تفصيل المصنّف؛ إذ يكفي في تزلزل العقد كونه في معرض موت المشروط عليه، وانتقال حق الخيار إلى الوارث، ولو قلنا بعدم تأثير فسخ المورِّث، إلا أنْ يقال بعدم تأثير فسخ الوارث أيضاً، وإنْ لم يجب عليه الوفاء بالشرط أو قيل بوجوب الوفاء عليه، فانّه لا يسقط هذا الاشكال عنه، فتدبّر.

بقي شيء آخر: وهو أنّه لو شرط سقوط الخيار في بعض المدة، مثل ساعة من الأول أو من الآخر، أو عدم الفسخ كذلك، أو الاسقاط كذلك، أو أسقط بعد العقد كذلك، فالظاهر صحته، وحيئنذ فيثبت الخيار في غير محل الشرط أولاً أو آخراً أو وسطاً، فتدبّر.

٥٧٨ ـ قوله ﷺ: (فهذا هو ظاهر كلام الشيخ ...الخ)(١).

أقول: يمكن حمل كلامه على الأعم من ذلك ومما إذ اشترط السقوط قبل العقد وغفل عنه حين العقد، بأنْ لا يكون التباني عليه أيضاً، بل هذا مقتضى اطلاق

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٥٨.

كلامه، وظاهر المستند[1] أيضاً اختياره، وفي الرياض نفي البعد عنه، قال (إنَّ قول الشيخ غير بعيد لولا نصوص النكاح؛ للشك في شمول دليل الخيار)[2]، ومراده من نصوص النكاح الأخبار الدالة هناك على عدم العبرة بالشرط قبل العقد، لكن لا عموم فيها يشمل المقام.

فالأقوى ما ذكره الشيخ، لا لما في الرياض من الشك في شمول دليل الخيار، بل لصدق الشرط على الشرط البدوي، وشمول المؤمنون، ولا يضره كونه اسقاطاً لما لم يجب؛ إذ هو راجع إلى المعاهدة على عدم الثبوت؛ فهو نظير ما لو شرطا في ضمن عقد سقوط الخيار في البيع الذي يريدان انشاءه.

وحمل كلامه على إرادة ما كان قبل تمام العقد؛ ليكون رداً على بعض أصحاب الشافعي بعيد؛ إذ ذلك البعض يحكم ببطلان شرط السقوط، ولو كان في ضمن العقد، ولو كان غرضه الرد عليه لم يكن وجه للتعبير عنه بالشرط قبل العقد، بل كان المناسب أنْ يقول ولو شرطا في العقد صح، ولا يكون من اسقاط ما لم يجب، ويدل على ما ذكرنا كلام المختلف؛ حيث إنَّه أورد عليه بأنَّه إنَّما يعتبر إذا وقع في متن العقد، فيظهر منه أنَّه فهم منه ما قلنا.

٥٧٩ ـ قوله ﵀: (أما وعد بالتزام أو التزام تبرعي ...الخ)[3].

أقول: أمَّا كونه وعداً فممنوع؛ إذ ليس قصدهما الوعد على ما هو المفروض، بل انشاء السقوط، وأمَّا كونه التزاماً تبرعياً فهو كذلك، لكن نقول يجب الوفاء به لعموم «المؤمنون»، إلا أنْ يكون اجماع، وهو ممنوع سيما مع مخالفة من ذكر.

وأما قوله: (والعقد اللاحق... إلى آخره) فمحصله أنَّه إنْ أريد اثبات وجوب الوفاء به من حيث رجوعه إلى الشرط الضمني إذا فرض تبانيهما عليه وإنْ لم يذكر في العقد، نقول إنَّ التباني لا يثمر إلا إذا كان ما تبانيا عليه من قيود أحد العوضين

---

(١) المستند ١٤: ٣٧٢.

(٢) الرياض ٨: ١٧٩.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٥٩.

كوصف الصحة وغيره من أوصاف المبيع أو الثمن، فانَّ مثل هذه يمكن الاكتفاء بقصدها في الانشاء بدون اللفظ، وكذا نفس العوضين، بخلاف الشروط الخارجية فانها محتاجة إلى دالٍ في الانشاء.

والسر أنَّ العوضين وقيودهما من ضروريات العقد، فيمكن جعل العقد دالاً عليها وانشاء البيع انشاء لها، بخلاف الشروط حيث إنَّه لا يمكن إرادتها من العقد بدون أنْ تذكر فيه قرينة لفظية عليها، فقوله «بعت» بمنزلة قوله «بعت الشيء الفلاني المتصف بالوصف الفلاني» بعد كونه معلوماً ومقصوداً للمتبايعين على الوجه المذكور، وأما الشروط فلا يمكن الاكتفاء عنها بمجرد قوله «بعت»، ومجرد القصد والتباني ليس انشاءً للالتزام.

والحاصل: أنَّ الشرط الضمني إنَّما يعتبر في القيود، لا مطلقاً، أو يقال لا يصدق الشرط إلا فيها.

وفيه نظر ظاهر، إذ لا فرق في الشروط بين كونها من أوصاف أحد العوضين أو غيرها، فانْ كان ولا بدَّ من دالٍ لفظي فهو مفقود في المقامين، وإنْ قلنا بكفاية المعلومية والمعهودية بين المتعاقدين فلا فرق، بل الشروط أولى بعدم الحاجة إلى القرينة اللفظية من نفس العوضين ؛ حيث إنهما ركنا العقد، مع أنَّه يمكن حذفهما، فتدبَّر.

❑ فرع: لو نذر عتق عبده إذا باعه

٥٨٠ ـ قوله ﷺ: (ولا يتم برفع الخيار ...الخ)(١).

أقول: ينبغي فرضه فيما لا يمكن إقالته، أو الشراء منه ثانياً، وإلا فليس منافياً، هذا، ولم أفهم وجه تخصيص الفرض بما إذا نذر عتقه إذا باعه، مع أنَّ الحكم يجري فيما إذا نذر عتقه وإنْ لم يقيد بصورة البيع؛ إذ البيع الخياري ليس منافياً، والبيع بشرط سقوط الخيار منافٍ له، فلا يجوز له شرط السقوط.

ثم لو لم يشترط سقوط الخيار، لكن لم يفسخ إلى أنْ انقضى الخيار يحصل

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٠.

الحنث في فرض العلّامة، وكذا فيما فرضنا، ولا يحكم معه ببطلان البيع؛ إذ المفروض أنّه لم يكن منافياً، وإنّما المنافي ترك الفسخ، فالمخالفة مستندة إليه.

❑ المسقط الثاني: اساقطه بعد العقد

٥٨١ ـ **قوله**ﷺ: **(الغير القابلة للنقل** ...الخ)[١].

أقول: يظهر منه أنّه لو كان قابلاً للنقل لم يمكن الاستدلال؛ إذ حينئذٍ يكون معنى التسلّط عليه التسلّط على نقله؛ فلا يشمل مثل الاسقاط، وليس كذلك؛ إذ يمكن إرادة الأعم من الاسقاط والنقل، كما أنّ الأموال لو كانت قابلة للاسقاط كان المنطوق[٢] دالاً على التسلّط على اسقاطها أيضاً.

٥٨٢ ـ **قوله**ﷺ: **(فرضي الآخر سقط** ...الخ)[٣].

أقول: يعني إذا رضي في زمان الخيار، وإلا فلو أسقط في زمانه ورضي الآخر بعد الانقضاء لا يكشف عن السقوط سابقاً لعدم جريان الفضولية فيه، فاعتبار الرضا من حيث إنّه اسقاط بالفعل، لا من حيث إنّه إجازة.

❑ مسألة: إذا قال أحدهما لصاحبه «اختر»

٥٨٣ ـ **قوله**ﷺ: **(أقوال** ...الخ)[٤].

أقول: الأولى في بيان الأقوال أنْ يقال: لو قال أحدهما لصاحبه «اختر» فهل يسقط خيار الآمر أو لا ؟ أقوال:

أحدها: السقوط مطلقاً.

الثاني: السقوط إذا قصد التمليك.

الثالث: السقوط إذا قصد التمليك أو التفويض.

الرابع: السقوط إذا قصد التمليك وأسقط الآخر أيضاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦١.
(٢) الصحيح ما اثبتناه، وفي الاصل (كانت منطوق دالاً...الخ).
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٦٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٦٣.

فعلى الثلاثة الأولى يسقط خياره بمجرد الأمر، وعلى الأخير يسقط حين اسقاط الآخر، لكن لا بدَّ لهذا القائل أنْ يقيد ذلك بما إذا أسقط المأمور الخيار مطلقاً، أمّا إذا أسقط خصوص خيار نفسه فلا يسقط خيار الآمر كما هو واضح.

٥٨٤ ـ قوله ﷺ: (وليس فيه دلالة على ما ذكروه من تمليك ...الخ)[١].

أقول: يظهر منه أنّه لو علم إرادة التمليك سقط الخيار، وهو مشكل؛ إذ قد مرَّ منه أنَّ حق الخيار لا يقبل النقل، إلا أنْ يكون المراد أنّه لو قصد التمليك سقط الخيار من حيث إنّه راجع إلى الاسقاط، لا من حيث نقله إلى الآخر وتملّكه له، لكن على هذا ينبغي القول بالسقوط ولو سكت الآخر ولم يمضِ، فالمسقط نفس انشاء التمليك، لا اسقاط الآخر، ولعله مراد المصنّف أيضاً.

فالاشكال إما يرد على القول الرابع الذي نقلنا[٢]، ولعل القائل به ملتزم بجواز نقل الخيار إلى الغير، أو إلى خصوص الطرف المقابل، فتدبَّر.

٥٨٥ ـ قوله ﷺ: (لزوم العقد من الطرفين ...الخ)[٣].

أقول: مراده بالطرفين الشخصان اللذان لهما الخيار في أحد طرفي العقد، لا المتعاقدان كما لا يخفى.

ثم إنَّ الأصيل والوكيل يكونان مما نحن فيه إذا قلنا بثبوت خيار واحد لكل منهما، لا بثبوت الخيار لكل منهما، وإلا فلا يسقط خيار الآخر باسقاط أحدهما خياره، فلا تعارض، وعلى الأول يكون السابق مقدماً إذا ترتبا، ومع التقارن يحصل التعارض ويقدم الأصيل؛ لأنَّ فسخه أو امضاؤه عزل للآخر.

فانْ قلت: إذا جعلنا الخيار للوكيل أيضاً فلا يسقط خياره بالعزل؛ لأنّه حكم شرعي تعبدي.

قلت: نعم، ولازمه القول بأنَّ لكل منهما خياراً مستقلاً؛ فلا يجيء مسألة

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٤.
(٢) العبارة فيها ما فيها، نعم لو كان بدل «إما» «إنّما» لكانت العبارة تامة.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٦٥.

التعارض، وأما مسألة اختلاف الورثة فهي أيضاً مما نحن فيه بناءً على كون خيار واحد لكل منهم، وحينئذٍ فالسابق في الفسخ والامضاء مقدم، ومع التقارن يحصل التعارض، وحكمه التساقط لعدم جهة لتقديم البعض، فهي مما نحن فيه على البناء المذكور.

ومن أمثلة التعارض أيضاً ما إذا وكّل شخصين في خياره فسخاً وامضاءً فاختار أحدهما الفسخ والآخر الامضاء في آنٍ واحدٍ.

وأما مسألة تصرّف ذي الخيار في العوضين دفعة واحدة فهي وإنْ كانت من تعارض الفسخ والاجازة إلا أنها لا تدخل تحت ما فرضه المصنّف في العنوان من اقتضاء الاجازة لزوم العقد من الطرفين كما لا يخفىٰ، ففي العبارة خلل.

٥٨٦ ـ قوله‌ﷺ: (ولم يظهر له وجه تام ...الخ)[١].

أقول: بل لا وجه أصلاً؛ وذلك لأنَّ الاجازة اسقاط للخيار وتثبيت للعقد، والفسخ ابطال له، وهما متنافيان، ولا وجه لتقديم أحدهما على الآخر، فمقتضى القاعدة تساقطهما كما عرفت، فيبقى العقد مع الخيار.

❏ المسقط الثالث: افتراق المتبايعين

٥٨٧ ـ قوله‌ﷺ: (وإنْ كان ظاهر ...الخ)[٢].

أقول: يمكن منع ظهوره في ذلك الاحتمال، بل ظهور كون المراد لا خيار لهما بعد أنْ رضيا بالبيع، أي أوجدا البيع مع الرضا، فالمراد الرضا بأصل البيع، لا الالتزام به بعد ذلك، فتدبّر.

٥٨٨ ـ قوله‌ﷺ: (والظاهر أنَّ ذكره ...الخ)[٣].

أقول: يعني أنَّ من مثّل لأقل الأفراد بالخطوة لا يريد أنّه لا أقل منه، بل تمثيله مبني على الغالب في الخارج، من وقوع الفرد الأقل، بمعنى أنَّ من يريد الاقتصار

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٦٦.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٦٦.

على أقل الأفراد يوجد الخطوة غالباً، لا أقل، وإنْ كان يحصل بالأقل أيضاً، وأنَّ ذلك مبني على الغالب في التمثيل، يعني أنَّ من يريد التمثيل لأقل الأفراد يمثّل بالخطوة غالباً، وإنْ كان يمكن التمثيل بالأقل أيضاً، فضمير قوله (ذكره) راجع إلى الخطوة، وقوله (لبيان) متعلق بذكره، وقوله (مبني) خبر إنَّ.

٥٨٩ ـ **قوله**ﷺ:**(وعن صريح آخر ...الخ)**[١].

أقول: فالأقوال ثلاثة، كفاية مجرد الافتراق، ولو كان أقل من خطوة، وهو مختار المصنف، واعتبار الخطوة لا أقل، وعدم كفايتها، بل المدار على الصدق العرفي؛ وهذا هو الأقوى للانصراف عن الخطوة، فضلاً عن الأقل، ولقوله (فمشيت خطاً)[٢] ، فلو كان الأقل كافياً لم يكن وجه لتعليق الامامعليه السلام الوجوب على المشي خطاً، ومنع الانصراف، ودلالة الرواية كما ذكره المصنف كما ترى.

إذ لا ينبغي التأمل في عدم صدق الافتراق، إذا فرض كونهما جالسين في مجلس العقد، لكن تحرّك أحدهما في الاثناء بحيث بَعُدَ عن الآخر بخطوة أو نصفها.

وأما دلالة الرواية فهي واضحة، لا من حيث فعل الامامعليه السلام، بل من حيث تعليقه الوجوب على المشي خطاً، ثم على ما ذكرنا من الانصراف لا حاجة إلى الاستصحاب في ابقاء الخيار، بل الخبر دال عليه؛ لأنّه إذا فرض كون التفرّق منصرفاً إلى أزيد من الخطوة فهي داخلة في عدم التفرّق، وقد صرّح فيه ببقاء الخيار معه.

ومن ذلك ظهر ما في قولهﷺ (لانصراف الاطلاق إلى أزيد فيستصحب الخيار) حيث تمسك بالاستصحاب بعد دعوىٰ الانصراف، نعم نحتاج إلى الاستصحاب لو شككنا في الشمول وعدمه، والانصراف غير الشك في الشمول كما هو واضح.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب الخيار، ح ٣.

❑ ما يحصل به الافتراق

٥٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(فذات الافتراق ...الخ)**[١].

أقول: لا يريد من هذه العبارة أنَّ الساكن ليس بمفترق، وإنَّما المفترق هو المتحرك، وسكون الآخر موجب لاتصاف حركته بالافتراق، بل غرضه أنَّ الافتراق لما كان من الأفعال التي يحتاج تحققه إلى الطرفين، فمجرد الحركة من أحدهما لا يكفي في صدقه، بل يحتاج إلى عدم مصاحبة الآخر، فعلى هذا سكون الآخر أيضاً افتراق بشرط حركة صاحبه إلى جانب آخر.

والحاصل: أنَّ الافتراق يحصل تارة بالحركة من كل منهما إلى غير جانب الآخر، وحيئنذٍ حركة كل منهما افتراق منه بملاحظة عدم مصاحبة صاحبه له، وتارة يحصل بالحركة من أحدهما والسكون من الآخر، وحيئنذٍ فحركة المتحرك افتراق منه بملاحظة سكون الآخر، وسكونه افتراق منه بملاحظة حركة الأول، وعلى هذا البيان لا يبقى مجال لاحتمال اعتبار حركة كل منهما إلى غير جانب الآخر في صدق الافتراق؛ لما عرفت من أنَّ سكون الساكن أيضاً افتراق حقيقة كحركة المتحرك، هذا.

ولكن الانصاف أنَّ الذي يظهر من تمام كلام المصنف أنَّ الساكن عنده ليس بمفترق، وأنَّ صدق الافتراق في صورة حركة أحدهما فقط إنَّما هو بملاحظة حركته، بمعنى أنَّ المتحرك هو الموجد للافتراق، وأما الساكن فلم يفترق، فالافتراق في هذه الصورة مستند إلى المتحرك فقط، وهو كافٍ في سقوط الخيارين، لدلالة قوله عليه السلام (فمشيت خطاً ليجب البيع حين افترقنا)[٢]؛ حيث أثبت افتراق الطرفين بمشيه عليه السلام فقط.

والتحقيق: ما عرفت من أنَّ الساكن أيضاً مفترق، سواء كان سكونه باختياره وقصده أو غفلة عن حركة الآخر، والخبر لا دلالة فيه على أنَّ الامام عليه السلام أوجد

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب الخيار، ح ٣.

افتراق الطرفين، بأنْ يكون هو الفاعل للافتراق فقط، بل المسلّم أنّه‌ﷺ صار سبباً لصدور الافتراق من الآخر أيضاً، هذا.

ولو كان الأمر كذلك أشكل سقوط خيار الساكن؛ لأنّ الظاهر من الخبر أنّ افتراق كلٍ سبب لسقوط خياره، لا أنّ حصول الافتراق سبب لسقوط الخيارين، فلو فرضنا امكان حصول الافتراق مسنداً إلى أحدهما دون الآخر لزم عدم سقوط خياره، إلا أنْ يقال إنّ هذا الخبر دليل على كفاية ذلك.

والانصاف عدم امكان الاسناد إلى أحدهما فقط، مع أنّ افترقا في قوة افترق البائع وافترق المشتري، فلا يصدق افتراقهما إلا بصدوره من كل منهما.

وكيف كان إنْ كان مراد المصنف ما ذكرنا أولاً فهو حق، إلا أنّه لا طائل تحت قوله (وكيف كان فلا يعتبر...إلى آخره) إذ لا مجال لهذا التوهم، ولا يحتاج إلى الاستدلال بالرواية، وإنْ كان مراده أنّ الافتراق في صورة سكون أحدهما مسند إلى المتحرك فقط فلا وجه له، بل غير معقول حسبما عرفت.

فانْ قلت: قد يقال «افترق زيدٌ عن عمروٍ» فيسند الافتراق إلى أحد المفترقين دون الآخر.

قلت: نعم، ولكن في هذا المورد يصح أنْ يقال «افترق عمروٌ عن زيدٍ» وإنْ كان المتحرك زيداً فهذا الاسناد والاطلاق إنّما هو في مقام كان الشأن أنْ لا يفترق زيد، وأنْ يكون باقياً على الاجتماع، ولا دخل له بكونه متحركاً أو ساكناً، ألا ترى أنّه قد يسند إلى الساكن منهما دون المتحرّك، كما إذا كانا مصطحبين في المشي فترك زيد المشي مع عمرو، فانّه يقال افترق زيد عن عمرو مع أنّه ساكن وعمرو متحرّك، ويصح أنْ يقال في هذا الفرض أيضاً افترق عمرو عن زيد.

والحاصل: أنّ هذا الاطلاق إنّما يكون في مقام تعلّق الغرض بذكر افتراق أحدهما عن الآخر، دون العكس؛ فلا يدل على عدم صحة العكس.

❑ مسألة: الافتراق عن إكراه

٥٩١ ـ **قوله‌ﷺ :(المعروف أنّه لا اعتبار ...الخ)**[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٩.

أقول: التحقيق أنَّ الافتراق مسقط بأي وجه حصل، من غير فرق بين كونه على وجه القصد والشعور، أو على وجه النسيان أو الغفلة أو الاضطرار أو الاكراه أو نحو ذلك؛ وذلك لصحة استناد الافتراق إليهما في جميع هذه الصور، وهو المدار؛ إذ لا يعتبر في اسناد الفعل إلى الفاعل إلا قيامه به أو صدوره منه، ولا يشترط فيه كونه على وجه القصد والشعور، فضلاً عن كونه على وجه الاختيار في مقابل الاكراه.

نعم، بعض الأفعال يعتبر فيها القصد كالتعظيم والتأديب ونحو ذلك، كما أنَّ بعضها لا يمكن صدوره إلا بلا قصد كالسهو والنسيان والغفلة، أو بالاضطرار كالموت والسقوط ونحو ذلك، وفي الحقيقة هذا راجع إلى مادة الفعل، بمعنى أنَّه يعتبر في مادته القصد أو الغفلة وعدم الشعور، وإلا فالاسناد لا شرط له، فالافعال التي لا يشترط في صدق موادها القصد والاختيار لا يشترط في صدق اسنادها شيء، والافتراق من هذا القبيل.

ودعوىٰ: أنَّ المتبادر من الاسناد ذلك، وإنْ كان اسناده إلى المضطر أيضاً على وجه الحقيقة كما ترى.

وكذا دعوىٰ: أنَّ الاسناد إلى الفاعل المختار ظاهر في صدوره منه على وجه الاختيار، فانَّها ممنوعة، ولا مستند لهذه الدعوى سوى دعوىٰ الانصراف، ولا بدَّ للانصراف من سبب، وكون الغالب كذلك يمكن منعه، ولذا ترى أنَّ الظاهر من قوله عليه السلام (من أتلف مال الغير) أعم، وكذا من أحدث بطل وضوءه أو صلاته ونحو ذلك، فاعتبار الاختيار سواء كان في مقابل الاضطرار أو الاكراه لا بدَّ من دليل؛ ولذا الاشكال عندهم على الظاهر في سقوط الخيارين في المقام إذا كان أحدهما قاصداً مختاراً، وكان الآخر غافلاً أو نائماً، أو مضطراً في ترك المتابعة أو نحو ذلك.

مع أنك قد عرفت أنَّ الظاهر من الخبر أنَّ افتراق كل منها مسقط لخياره، لا أنَّ حصول الافتراق ولو من أحدهما مسقطاً للخيارين، فلو كان الاختيار شرطاً كان الواجب التفكيك.

وكذا لا اشكال في سقوطهما إذا كانا مضطرين في الافتراق، أو فرقهما الريح أو

نحوه، أو افترقا خوفاً من سبع أو لص أو نحو ذلك، وكذا إذا كانا غافلين معاً أو ناسيين؛ فيكشف هذا كله عن كون المدار على مجرد حصول الافتراق واستناده إلى كل منهما.

وغاية ما يمكن أنْ يقال في توجيه اعتبار الاختيار في مقابل الاكراه وجوه:

أحدها: دعوىٰ التبادر، وقد عرفت ما فيه، خصوصاً بالنسبة إلى الاكراه.

الثاني: الاستناد إلى الاجماع المنقول عن الغنية وتعليق الشرايع[1] المعتضدة بالاسناد إلى المعروف في كلام المصنف، وبدعوى عدم الخلاف في الجواهر[2]، وفيه ما فيه.

الثالث: أنْ يقال إنَّه مقتضى حديث الرفع.

وفيه: أنَّه إنَّما يجري فيما كان الفعل منوطاً بالقصد والاختيار كالبيع والطلاق ونحوهما من العقود والايقاعات، ألا ترى أنَّه لا يجري في الاتلاف وإيجاد أسباب الوضوء والغسل والنجاسة ونحوها مما لا يعتبر فيه قصد واختيار، ومن المعلوم أنَّ الافتراق المسقط في مقامنا لا يعتبر فيه قصد، كما عرفت من عدم الاشكال فيما كان في حال الغفلة والسهو والنوم والموت ونحوها، هذا.

مع أنَّ حديث الرفع كما يدل على رفع الاكراه يدل على رفع النسيان والاضطرار ونحوهما مما لا يلتزمون به في مقامنا، هذا.

مضافاً إلى أنَّ مقتضاه عدم السقوط بمجرد صدق الاكراه وإنْ لم يكن ممنوعاً من التخاير، مع أنهم لا يقولون به.

ثم إنَّه يمكن الاشكال في التمسك بحديث الرفع بوجه آخر، وهو أنَّه إنَّما يجري فيما كان الفعل مع قطع النظر عن الاكراه مما له أثر شرعي؛ حتى يرتفع ذلك الأثر بالاكراه، وهذا مبني على كون الافتراق مسقطاً، وأما إذا جعلناه حداً للخيار وغاية له فلا حكم له، وإنَّما أثره رفع موضع الخيار، ألا ترى أنَّه لو قال «أكرم زيداً ما

---

(١) حكاه عنهما جواهر الكلام ٢٣: ٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٩.

دام في المسجد» وكان فيه ثم أخرجه مخرج كرهاً لا يقال إنّه واجب الاكرام بعد خروجه أيضاً؛ لأنّ هذا الخروج كلا خروج؛ وذلك لأنّ الخروج ليس له حكم شرعي، وإنّما هو مغيّر للموضوع إلى ما لا حكم له، ففي المقام أيضاً إذا قلنا إنّ الخيار معلّق على ما قبل الافتراق فهو ليس له أثر شرعي، وإنّما أثره تبديل الموضوع الذي علّق عليه الحكم إلى غيره، وحينئذٍ فاطلاق المسقط عليه من باب المسامحة، وقوله‌عليه‌السلام (فاذا افترقا فلا خيار لهما)[١] لا يدل على كونه مسقطاً؛ لاحتمال كونه من باب بيان لازم تبدّل الموضوع، فتدبّر.

الرابع: أنّه المستفاد من صحيح الفضيل (فاذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا)[٢] حيث اعتبر الرضا.

وفيه: ما عرفت سابقاً من أنّ المراد منه بعد الرضا بأصل البيع سابقاً، لا الرضا بالافتراق، مع أنّ لازمه عدم السقوط إلا مع الرضا، ولا يلتزمون باعتباره في غير صورة الاكراه، مضافاً إلى أنّه يعارض بما يستفاد من قوله‌عليه‌السلام (فمشيت خطاً ليجب البيع)[٣] حيث يظهر منه كفايته وإن لم يرضَ الطرف المقابل.

فالحق هو القول بالسقوط مطلقاً سواء كانا ممنوعين من التخاير أم لا إن لم يكن اجماع، والظاهر عدم الاجماع، فهذا العلامه‌رحمه‌الله يستشكل في المسألة في القواعد[٤]، في عبارته التي ينقلها المصنف، ونقل صاحب الجواهر[٥] عن بعضٍ التوقف في المسألة، هذا.

ومع العلم بعدم المخالف في المسألة نقول لا يحصل القطع من هذا الاجماع؛ فلعل مستند الكل أو البعض بعض الوجوه المذكورة التي عرفت فسادها، ومع عدم حصول القطع لا ينفع الاجماع كما هو واضح.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ٣، قريب منه.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١ من ابوب الخيار، ح ٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب الخيار، ح ٣.
(٤) القواعد ١: ١٤٢.
(٥) جواهر الكلام ٢٣: ٩.

ثم مما ذكرنا ظهر حكم عكس المسألة، وهو ما لو كانا مكرهين على عدم التفرّق بعد إرادتهما الافتراق، فانّه لا يسقط خيارهما لتحقق الموضوع، وعلى المشهور لا بدَّ من الحكم بالسقوط؛ لأنَّ عدم الافتراق الاكراهي لا حكم له، فتدبَّر.

ثم على قول المشهور ـ من عدم العبرة بالافتراق الاكراهي ـ لو كان الاكراه من أحد الجانبين، كأنْ يكره أحدهما على الافتراق دون الآخر، أو أكره على البقاء في المجلس وعدم مصاحبة الآخر فهل يثبت الخياران، أو يثبتان ويسقط خيار المختار دون المكره؟ أقوال ذكرها المصنف، ومقتضى القاعدة على المختار سقوطهما بطريق الأولوية من الصورة السابقة.

ولكن لو قلنا في الصورة السابقة بمقالة المشهور فالحق القول الأخير؛ وذلك لأنك قد عرفت أنَّ الظاهر من الخبر أنَّ افتراقهما معاً غاية لسقوط مجموع الخيارين من باب مقابلة الجمع بالجمع، لا كون افتراق المجموع غاية لكل من الخيارين، ولا كون افتراق أحدهما غاية لهما، فاذا كان الظاهر ما ذكرنا فنقول إنَّ افتراق أحدهما وإنْ كان لا ينفك عن افتراق الآخر إلا أنّه إذا قلنا باعتبار الاختيار في كونه مسقطاً من جهة التبادر أو دلالة حديث الرفع أو ظهور صحيح الفضيل في اعتبار الرضا فلا بدَّ من التفكيك؛ لامكانه بهذا الاعتبار؛ فيلحق كلاً من الافتراقين حكمه، والعمدة اثبات ظهور الخبر في كون افتراق كل غاية لخياره، وإلا فكون مقتضى القاعدة بعد هذا ما ذكرنا لا اشكال فيه.

والانصاف ظهور الخبر في ذلك كما يظهر بملاحظة نظائر هذه العبارة، مثلاً إذا قلنا «المتبايعان بالخيار حتى ينقضي شرطهما» يستفاد منه أنَّ كل واحد بالخيار حتى ينقضي شرطه، وكذا إذا قلنا «يجب عليهما الوفاء بالعقد ما لم يشرطا الخيار»، أو ما لم يتخلف شرطهما ونحو ذلك، وكون الافتراق من أحدهما ملازماً للافتراق من الآخر لا يقتضي كون الغاية مجموع الافتراقين لكل من الخيارين، خصوصاً إذا اعتبرنا الاختيار في كونه مسقطاً بأحد الوجوه المتقدمة، فانّه حينئذٍ يمكن التفكيك أيضاً بملاحظة القيد كما بيّنا.

٥٩٢ ـ قوله ﷺ: (بعد تبادر الاختيار ...الخ)[١].

أقول: يظهر منه الحاجة إلى الأصل بعد دعوى التبادر، مع أنّه لو تمت هذه الدعوى لا حاجة إلى اجراء أصالة بقاء الخيار؛ لأنّه لو كان المراد من الافتراق الافتراق الاختياري فمنطوق الرواية دالّ على بقاء الخيار، ويمكن حمل العبارة على إرادة كون كل منهما دليلاً مستقلاً.

٥٩٣ ـ قوله ﷺ: (فانّ المتبادر هو الاختياري ...الخ)[٢].

أقول: قد عرفت منعه أيضاً، ودعوى أنّه لا يعد فعلاً حقيقياً بل صورة فعل كما ترى؛ فانّ من الواضح أنّ الاتلاف في حال النوم فعل للمتلف حقيقة، وكذا مشيه وقيامه وقعوده، وكذا الاحراق فعل النار حقيقة، وهكذا إلى ما شاء الله، ولعمري إنّ هذه الدعوى من المصنف عجيبة.

٥٩٤ ـ قوله ﷺ: (للاعتراف بدخول المكره ...الخ)[٣].

أقول: يعني أنّ مقتضى حديث الرفع عدم سقوط الخيار مطلقاً، ولو لم يكن ممنوعاً من التخاير؛ لصدق الاكراه مع ذلك أيضاً، مع أنّهم يقولون بالسقوط حينئذٍ، إلا أنْ يقال خرج هذا بالدليل، وفيه ما فيه.

٥٩٥ ـ قوله ﷺ: (لأنّ المفروض أنّ ...الخ)[٤].

أقول: لو كان الدليل اختصاص الأدلة بالتفرّق الاختياري كان الواجب الحكم بعدم السقوط مع الاضطراري، سواء كان ممنوعاً من التخاير أو لا، مع أنّهم يقولون بالسقوط في صورة عدم الممنوعية، ودعوى أنّه إذا كان متمكناً من التخاير لا يكون مضطراً مدفوعة بأنّ الاختيار في ترك التخاير لا ينافي الاضطرار في التفرّق كما هو واضح.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٦٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٦٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٧٠.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٧٠.

٥٩٦ ـ قوله ﷺ: (وإلى أنّ المتبادر من التفرّق ...الخ)[١].

أقول: هذا ممنوع أشد المنع، كيف ؟ ولازمه عدم اعتبار التفرّق في حال الغفلة عن البيع، أو في حال النوم، أو نحو ذلك، ولا يلتزم بذلك.

٥٩٧ ـ قوله ﷺ: (أو يقال إنّ قوله ...الخ)[٢].

أقول: الفرق بين هذا الوجه والوجه الأول أنّه بناءً على الوجه الأول يكون محصّل المعنى لا خيار إذا افترقا ورضيا بالبيع حين التفرّق، فالمسقط مجموع الأمرين من التفرّق والرضا المتصل به.

وبناءً على هذا الوجه يكون محصّل المعنى أنّه لا خيار إذا افترقا لكون الافتراق رضا بالبيع، أي كاشفاً عنه نوعاً، فقوله عليه السلام (لا خيار بعد الرضا)[٣] في قوة قوله عليه السلام لا خيار بعد الافتراق لكونه رضاً، هذا.

وقد عرفت سابقاً قوة احتمال كون المراد بعد الرضا بالبيع سابقاً، يعني إذا افترقا والمفروض صدور البيع منهما عن رضا فلا خيار لهما، ويؤيد هذا أنّه بناءً على ما ذكره المصنف يلزم عدم الاعتبار بالافتراق حال الغفلة والنوم ونحوهما مما لا يمكن الالتزام به.

❑ مسألة: لو أُكره أحدهما على التفرّق

٥٩٨ ـ قوله ﷺ: (ومبنى الأقوال ...الخ)[٤].

أقول: لا يخفى أنّ العمدة توجيه كل واحد من هذه المباني، والمصنف ﷺ أهمل ذلك، فالأولى أنْ يقال إذا بنينا على أنّ الافتراق المسقط هو ما كان عن الاختيار في مقابل الاكراه فلا بدّ أنْ يتأمل في أنّ المستفاد من الخبر أنّ تفرّق كل واحد مسقط لخياره، بأنْ يكون من باب مقابلة الجمع بالجمع؛ حتى يكون تفرّق المختار

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٧١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٧١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ٣.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٧٣.

مسقطاً لخياره، دون المكره، أو أنّ مجموع التفرقين غاية لكل من الخيارين؛ حتى يكون اللازم بعد التخصيص بالاختياري عدم سقوط واحد منهما، أو أنّ حصول الافتراق ولو من واحد منهما غاية لكل من الخيارين؛ حتى يكون اللازم سقوط الخيارين؛ لفرض حصول الافتراق الاختياري إذا كان أحدهما مختاراً، أو هذا مطلقاً إذا قلنا إنّ الساكن أيضاً مفترّق، أو في خصوص ما إذا فارق الآخر المجلس اختياراً إذا لم نقل ، هذا.

وقد عرفت أنّ الأظهر هو الأول، وأنّ الثاني خلاف الظاهر، وأما الثالث فهو بعيد غايته، بل لا معنى له؛ لأنّه لا يمكن حمل قوله عليه السلام (حتى يفترقا) على معنى حتى يحصل الافتراق من واحد منهما لا بعينه كما لا يخفى.

فبناءً على اعتبار الاختيار بأحد الوجوه المتقدمة الأقوى هو القول بالتفكيك كما ذكرنا سابقاً، ولا يضر قلة القائل به أو عدمه كما لا يخفى ، هكذا ينبغي أنْ يبيّن المطلب، فتأمّل وتبصّر.

٥٩٩ ـ **قوله** قدس سره: **(فتأمّل ...الخ)**(١).

أقول: وجهه ما سيشير إليه من احتمال كون مراد الشيخ والقاضي أنّ الساقط خيار من تمكّن من التخاير مع قطع النظر عن التلازم، وإلا فبملاحظته يسقط كلاهما.

٦٠٠ ـ **قوله** قدس سره: **(إذ الغاية غاية للخيارين ...الخ)**(٢).

أقول: قد عرفت أنّه ظاهر في مقابلة الجمع بالجمع، وهكذا الكلام في صحيحة فضيل بناءً على استفادة اعتبار الرضا منهما؛ إذ مقتضاها سقوط خيار من رضي دون الآخر.

٦٠١ ـ **قوله** قدس سره: **(وتبادر تقيده بكونه ...الخ)**(٣).

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٧٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٧٦.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٧٦.

أقول: لا يخفىٰ أنّه بناءً على كون المتبادر التفرّق عن رضا لا بدّ من اعتبار رضا كليهما؛ إذ الافتراق فعل لكل منهما، فاذا قيد بالرضا فلا بدّ من رضا كل منهما، وهذا واضح جداً.

٦٠٢ـ **قوله ﷺ: (إلا أنّه معارض ...الخ)**(١).

أقول: مقتضى الرواية السابقة عدم اعتبار الرضا أصلاً، فلو قدّمناها على الصحيحة ـ بملاحظة كونها مؤيدة بالتزام مقتضاهما في كثير من المقامات حسبما ذكره المصنف ـ كان اللازم عدم اعتبار الرضا أصلاً، والحكم بالسقوط في المسألة المتقدمة أيضاً، وهي ما إذا كانا مكرهين كليهما حسبما اخترنا.

٦٠٣ـ **قوله ﷺ: (وإلا بقيا فتأمّل ...الخ)**(٢).

أقول: لعله أشارة إلى ما ذكرنا من كونه من باب مقابلة الجمع بالجمع، فتدبّر فانّه سيصرح بأنّ ظاهر النص لا يساعد عليه.

❑ مسألة: لو زال الاكراه

٦٠٤ـ **قوله ﷺ: (فالنص ساكت ...الخ)**(٣).

أقول: لا نسلّم ذلك، بل هو دالّ على بقاء الخيار أبداً؛ لأنّه إذا فرض كون المسقط الافتراق الاختياري، والمفروض عدم تحققه، وعدم بقاء شأنية التحقق له أيضاً؛ لأنّ المفروض حصول الافتراق حساً؛ فيكون كما لم يمكن الافتراق من الاصل، كالمتبايعين المتلازمين، كما إذا كانا ذوي رأسين على حقوٍ واحد، فلا بدّ من الحكم ببقاء الخيار إلى أنْ يحصل أحد المسقطات الأخر.

بل المقام أولى مما لم يمكن الافتراق من الأصل؛ لامكان أنْ يقال النص لا يشمله؛ لأنّه إنّما يشمل ما يمكن فيه الافتراق، لكن لا مانع من شموله للمقام؛ لأنّ المفروض امكان الافتراق من الأول، وإنّما طرأ عدم الامكان بعد ذلك، هذا إذا قلنا

(١) كتاب المكاسب ٥: ٧٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٧٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٧٩.

إنّ الافتراق منصرف إلى الاختياري، وإنْ قلنا بذلك لا من باب الانصراف، بل من جهة حديث الرفع فكذلك؛ لأنّ مقتضاه أنّ الافتراق الاكراهي لا أثر له في الاسقاط، والمفروض عدم مسقط آخر، فلا بدّ من بقاء الخيار.

تنبيه: لو اختلفا [في] تحقق الافتراق، فالأصل عدمه وبقاء الخيار، ولو اتفقا على الافتراق واختلفا في كونه على وجه الاكراه أو الاختيار ـ بناءً على اعتبار الاختيار ـ فإنْ قلنا بذلك من باب التبادر فالأصل بقاء الخيار، ولا تجري أصالة عدم الاكراه؛ لأنّه لا يثبت كون الافتراق اختيارياً، والمفروض أنّه الغاية بمقتضى الانصراف، وإنْ قلنا به من باب حديث الرفع فالأصل عدم الاكراه، ولازمه رفع الخيار، والوجه فيه أنّه على هذا يكون الاكراه رافعاً لأثر الافتراق فالحكم معلّق عليه فتجري أصالة عدمه من غير حاجة إلى الاثبات، فالسر في الفرق أنّه على الأول يكون المسقط هو الافتراق الخاص، والاصل عدمه، وعلى الثاني يكون البقاء معلّقاً على تحقق الاكراه، والأصل عدمه؛ وذلك لأنّ الافتراق مقتضٍ للسقوط، والاكراه مانع له، فتدبّر.

ولو كان اختلافهما في الافتراق وعدمه من جهة الاختلاف في زمان البيع، كأنْ يقول أحدهما كان البيع بالأمس، وقال الآخر بل كان في هذا المجلس، فانْ قلنا إنّ الخيار ثابت بعد البيع ما لم يفترقا فالاصل بقاؤه، وإنْ قلنا إنّه ثابت فيما قبل الافتراق، أو في مجلس العقد فالاصل عدم تأثير الفسخ؛ لعدم امكان استصحاب الخيار؛ لعدم اثباته كون هذا مجلس العقد، أو ما قبل الافتراق.

ولو اختلفا بعد الافتراق في الفسخ قبله فالأصل عدمه.

ولو اتفقا على انشاء الفسخ واختلفا في كونه قبل الافتراق أو بعده فاصالة عدم كل منهما إلى زمان الآخر متعارضة، ويبقى أصالة عدم تأثير الفسخ بمعنى استصحاب ملكية كل منهما لما انتقل إليه سليمة.

❑ المسقط الرابع: التصرف

٦٠٥ ـ **قوله**ﷺ: **(ولعل لدلالة التعليل ....الخ)**(١).

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٨١.

أقول: سيأتي[١] أنّ التمسّك بهذا التعليل في غير خيار الحيوان عليل، والأقوى دوران الحكم مدار انشاء الاسقاط بذلك التصرف وعدمه، فمع قصد الاسقاط يقصد، ولو انكشف بطلان التصرف بأنْ كان بيعاً فاسداً مثلاً، ومع عدمه لا يسقطا لعدم الدليل.

٦٠٦ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمّل** ...الخ)[٢].

أقول: وجهه وضوح كون نظره في قوله (فلا شرط له) إلى خصوص خيار الحيوان، فلا تعرّض له لسائر الخيارات، والتمسّك باطلاقه كما ترى بعد ما ذكرنا.

(١) تعليقة ٦٣٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٨٢.

الثّاني

خِيارُ الحيوان

الثاني: خيار الحيوان

❑ تعيين موضوعه

٦٠٧ ـ **قوله**ﷺ: **(ولا يبعد اختصاصه ...الخ)**[١].

أقول: هذا هو الأقوى؛ للانصراف إلى غير المذكورات، لا أقل من الشك في الشمول، ولا ينافيه قوله عليه السلام (في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام)[٢] فانَّ العموم بمقدار ما ينصرف إليه لفظ الحيوان، فتأمّل.

٦٠٨ ـ **قوله**ﷺ: **(ويشكل فيما صار ...الخ)**[٣].

أقول: يعني يشكل الاختصاص في هذا القسم، وفيه أنّه أولى بذلك كما لا يخفىٰ، فانّه لا يقال إنّه باع حيواناً، بل باع لحماً.

٦٠٩ ـ **قوله**ﷺ: **(وجوه ...الخ)**[٤].

أقول: أحدها: كونه إلى مضي الثلاثة.

الثاني: كونه ما دام حياً إذا مات في الثلاثة، لا مطلقاً.

الثالث: كونه فورياً.

ولا يخفىٰ أنّه يتعين الوجه الأول؛ لأنّه إنْ لم يكن مشمولاً للنص فلا خيار أصلاً، وإلا فهو إلى الثلاثة، ولا يضر موته فيها وعدم بقائه حيواناً؛ لأنَّ المدار على كونه حيواناً حال العقد بناءً على الشمول.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٨٣.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ١.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٨٣.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٨٣.

٦١٠ـ **قوله**ﵟ:(**بالحكمة الغير الجارية** ...الخ)[١].

أقول: وهي الاطلاع على عيوبه الخفية التي تظهر في الثلاثة غالباً.

٦١١ـ **قوله**ﵟ:(**ولعله الأقوى** ...الخ)[٢].

أقول: الأقوى التعميم لاطلاق النص والفتوى، والحكمة الظنية لا تصلح مقيدة، بل القطعية أيضاً كذلك؛ لعدم لزوم اطرادها في جميع موارد الحكم، مع احتمال كون الحكمة تروّي المشتري وتأمله في أصل البيع، وأنّه موافق لغرضه أو لا.

والظاهر أنّ المصنف مستشكل في ظهور الاطلاق، وإلا فلا وجه لتقوية الخلاف بمجرد عدم جريان هذه الحكمة.

❑ اختصاص خيار الحيوان بالمشتري

٦١٢ـ **قوله**ﵟ:(**لعموم قوله**ﵣ: **إذا افترقا** ...الخ)[٣].

أقول: يمكن الخدشة فيه بأنّه مقيد ببيع غير الحيوان بقرينة المقابلة في صحيحة الفضيل الآتية، بل هو الظاهر من قوله ﵣ في صحيحة محمد بن مسلم (وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا)[٤].

ويدل عليه أيضاً رواية ابن أسباط عن الرضاﵣ (الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، وفي غير الحيوان أنْ يفترقا)[٥].

وكذا صحيحا محمد بن مسلم وزرارة أحدهما عن الصادقﵣ والأخرى عن الباقرﵣ (قال: قال رسول اللهﷺ: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام)[٦].

والحاصل: أنّه يمكن أنْ يدّعى أنّ مورد وجوب البيع بالافتراق إنّما هو بيع غير

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٨٤.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٨٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٨٦.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٣.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٨.
(٦) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٦.

الحيوان، فهو لا يشمل بيعه، فلا يبقى مجال للاستدلال به، فتدبَّر.

٦١٣ ـ **قوله**ﷺ: **(بالنسبة إلى ما ليس فيه ...الخ)**[١].

أقول: التحقيق كما سيجيء جواز التمسّك به بناءً على إفادته العموم الزماني في صورة ثبوت خيار المجلس أيضاً.

٦١٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ولكن الانصاف أنّ ...الخ)**[٢].

أقول: بل الانصاف أنّ ظهورها أقوى من ظهور الصحيحة بمراتب، وعلى تقدير التكافؤ في الظهور فاخبار المشهور أكثر وأشهر فيجب ترجيحها، ومع الاغماض فالمرجع ما ذكره المصنف من العمومات، ومع الاغماض فالأصل عدم تأثير فسخ البائع، فلا ينبغي التأمل في ضعف قول السيد كما ذكره المصنف.

٦١٥ ـ **قوله**ﷺ: **(حتى محمد بن مسلم ...الخ)**[٣].

أقول: يشير إلى صحيحته التي نقلناها وسينقلها[٤] المصنف بعد سطرين عن الصادق‌ﷺ (قال رسول الله‌ﷺ: البيّعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام)[٥] حيث خصه بصاحب الحيوان، و عدل عما جعله موضوعاً لخيار المجلس من قوله (البيعان ...الخ).

٦١٦ ـ **قوله**ﷺ: **(في موثقة ابن فضال ...الخ)**[٦].

أقول: هي ما عن علي بن موسى‌ﷺ (صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام)[٧].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٨٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٨٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٨٩.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٨٩.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ١.
(٦) كتاب المكاسب ٥: ٨٩.
(٧) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٢.

٦١٧ ـ **قولهﷺ: (ولا ينافي هذه الدعوى ...الخ)**[١].

أقول: يعني أنّه إنْ قيل كما يمكن حمل التقييد في الموثقة بالمشتري على الغالب كذا يمكن حمل اطلاق الصحيحة عليه أيضاً، بمعنى أنْ يكون المراد من صاحب الحيوان هو المشتري، ويكون عدم ذكر القيد من باب الاتكال على الغلبة نقول يمكن أنْ يكون التقييد منزلاً على الغالب، وبكونه الاطلاق بحاله، وفي المقام كذلك.

قلت: نعم ولكن مجرد الدعوى لا يصحح الاستدلال، والأولى أنْ يقال إنّ الظاهر من التقييد بالمشتري إرادة أنّ المراد من الصاحب الصاحب بعد البيع، لا الصاحب السابق وهو البائع ؛ فليس بصدد اخراج البائع إذا كان الثمن حيواناً.

والحاصل: أنّ المقصود من التقييد دفع توهم إرادة البائع فيما كان البيع حيواناً فقط؛ فعلى هذا يؤخذ بعموم الصاحب سواء كان هو البائع أو المشتري، لكن بارادة الصاحب الفعلي، فتدبّر.

٦١٨ ـ **قولهﷺ: (فلامحيص عن المشهور ...الخ)**[٢].

أقول: الأقوى هو القول الثالث؛ لصحيحة محمد بن مسلم المذكورة[٣] المعتضدة بصحيحته الأخرى[٤] بعد الحمل المذكور، وبصحيحة زرارة عن الباقرعليه السلام مثلها حسبما نقلناها آنفاً[٥]، وبحكمة الحكم وبغير ذلك، ولا ينافيها التقييد بالمشتري في سائر الأخبار؛ لما عرفت من حمله على الغالب، فتدبّر.

❑ مبدأ خيار الحيوان

٦١٩ ـ **قولهﷺ: (فجعله من حين التفرّق ...الخ)**[٦].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٩٠.

(٣) قبل حاشتين.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٦.

(٦) كتاب المكاسب ٥: ٩٢.

أقول: يمكن أنْ يقال بعدم ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان أصلاً؛ لما عرفت من أنّه مقتضى المقابلة بينهما في الأخبار، فتذكّر.

ولو أغمضنا عن ذلك لاطلاق بعض أخبار خيار المجلس، ولظهور الاجماع فلا ينبغي الاشكال في ضعف قول الشيخ؛ لأن الظاهر من أخبار خيار الحيوان أنّه من حين العقد، ولا تنافي بين الخيارين حسبما بيّنه المصنف.

٦٢٠ ـ **قوله** ﷺ: **(وما دلّ على أنّ تلف ...الخ)**(١).

أقول: كخبر عبد الرحمن عن أبي عبدالله ﷺ (قال: سألت أبا عبدالله ﷺ ...إلى أنْ قال ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي بشرطه)(٢).

وفي خبر عبدالله بن سنان (حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام، ويصير المبيع للمشتري)(٣) وغير ذلك فراجع(٤).

٦٢١ ـ **قوله** ﷺ: **(مع أنّه بالتقرير الثاني مثبت ...الخ)**(٥).

أقول: لا يخفى أنّ كون مبدأ الخيار من حين التفرّق يستلزم أمرين:

أحدهما: عدمه قبل التفرّق.

الثاني: بقاؤه إلى ما بعد الثلاثة من حين العقد، فان أريد من اجراء الاصلين ترتيب أثر العدم قبل التفرّق والوجود بعد الثلاثة فكل منهما مثبت من جهة، غير مثبت من أخرى، فالتقرير الأول مثبت من حيث ترتيب أثر العدم على ما قبل التفرّق، وغير مثبت من حيث ترتيب أثر الوجود بعد الثلاثة، والتقرير الثاني بالعكس؛ فلا وجه لتخصيص الاثبات بأحدهما، وكأنّ المصنف لم ينظر إلى ترتيب أثر العدم على ما قبل التفرّق، وإنّما لاحظ بقاءه بعد الثلاثة وعدمه فقط.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٣.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٢.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٩٣.

٦٢٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وأدلة التلف من البائع ...الخ)**[١].

أقول: وعلى فرض الأخذ باطلاقها تكون مؤيدة، أو دالة على ما احتملنا من عدم جريان خيار المجلس في بيع الحيوان، لا على مذهب الشيخ، نعم لو فرض الاجماع على ثبوت خيار المجلس في المقام تكون دالة على ما ذكره مع الاغماض عن حملها على الغالب.

والانصاف أنّ حملها على ذلك بعيد، مع أنّ كون الغالب التلف بعد المجلس يمكن منعه، فتأمّل.

والأولى ـ مع الاغماض عما ذكرنا ـ أنْ يجاب عنها بمنع كون حكم الخيار المشترك كون التلف من المشتري كلية حتى في مثل المقام، فانّ اطلاق هذه الأخبار على كثرتها مخصص لتلك القاعدة.

ويمكن أنْ يقال: بملاحظة هذه الاطلاقات أنّ في الخيار المشترك يكون التلف على المشتري إذا لم يكن خيار آخر مختص به كما في المقام؛ فانّ خيار المجلس فيه مشترك، ولازمه كون التلف من المشتري، لكن خيار الحيوان أيضاً موجود للمشتري وهو يقتضي اختصاص التلف بالبائع.

بل يمكن أنْ يقال: إنّ هذا بمقتضى القاعدة؛ فانّ المقام من باب تعارض المقتضي واللامقتضي؛ فيعمل الأول عمله، فانّ كون التلف من المشتري في صورة الاشتراك إنّما هو بمقتضى قاعدة الملكية؛ بمعنى أنّ خيار المشترك لا يقتضي كون التلف على البائع، وكونه من البائع في صورة الاختصاص من باب اقتضاء الخيار ذلك، فاذا قلنا باجتماع الخيارين فاللازم الحكم بكون التلف على البائع لوجود مقتضيه ـ وهو خيار الحيوان ـ ووجود خيار المجلس ليس مقتضياً شيئاً، وإنّما كنا نحكم بكون التلف معه على المشتري من باب قاعدة الملكية المحكومة بالنسبة إلى قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٣.

٦٢٣ـ **قوله﴿ره﴾: (ثم ان المراد ...الخ)**[١].

أقول: الظاهر من الاخبار أنَّ ابتداء الخيار من زمان البيع؛ بحيث يصدق على المشتري أنَّه صاحب الحيوان، وهذا لا يتحقق في بيع الفضولي إلا بعد الاجازة بناءً على النقل؛ إذ قبلها ليس العقد عقداً للمشتري المجيز حتى يصدق عليه أنَّه صاحب الحيوان، نعم بناءً على الكشف يكون هو صاحب الحيوان من أول العقد، فلو كانت الاجازة في الثلاثة يبقى البقية، ولو كانت بعدها يلزم البيع عليه.

وأما في بيع السلم قبل القبض فيصدق عليه المشتري وصاحب الحيوان وإن كانت الصحة الشرعية موقوفة على القبض الغير المتحقق بعد.

٦٢٤ـ **قوله﴿ره﴾: (وتمثيله بما ذكر ...الخ)**[٢].

أقول: يعني أنَّ هذا البعض إنَّما عدل عما هو المتعارف من المثال من بيع الحيوان سلماً وفرض المثال في بيع الطعام بالحيوان بناءً على مذهبه الذي نُقل سابقاً من عدم جريان خيار الحيوان لا في[٣] بيع العين الشخصية، وفي السلم لو فرض كون المبيع حيواناً لا بدَّ من فرضه كلياً؛ فلهذا فرض المثال فيما إذا كان الثمن حيواناً بناءً على كون الخيار لصاحب الحيوان ولو كان هو البائع.

٦٢٥ـ **قوله﴿ره﴾: (وقد تقدم الاشكال ...الخ)**[٤].

أقول: وقد تقدّم منه﴿ره﴾ توجيهه أيضاً، وأنَّ أثر الخيار حينئذٍ خروج العقد بالفسخ عن قابلية لحوق القبض المصحح، وتقدّم منّا بعض الكلام في ذلك فراجع[٥].

❑ مسألة: دخول الليليتن المتوسطتين

٦٢٦ـ **قوله﴿ره﴾: (لااشكال في دخول ...الخ)**[٦].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٤.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٩٤.
(٣) هكذا في الاصل، والظاهر انها «الا في بيع».
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٩٤.
(٥) تعليقة ٥٦٠.
(٦) كتاب المكاسب ٥: ٩٥.

أقول: المستفاد من الأخبار بقاء الخيار من حين العقد إلى مضي ثلاثة أيام، ومقتضى ذلك دخول الليلتين المتوسطتين بالتبع، وكذا الليلة الأولىٰ أو بعضها إنْ كان العقد في أول الليل أو في أثنائه، ولو كان في أثناء النهار فانْ كان ما مضى منه قليلاً بحيث يصدق اليوم الكامل على باقيه فيحسب ذلك اليوم يوماً واحداً، كما إذا كان في آخر النهار بحيث لم يبقَ منه إلا يسير لا يُعتنى به فيلغى بالمرة، ولا بدَّ من مضي ثلاثة أيام تامة غيره، وإنْ كان في الاثناء ولم يكن الماضي أو الباقي ملحقاً بالعدم فاللازم بمقتضى القاعدة الغاء ذلك اليوم ومضي ثلاثة أيام أُخر؛ وذلك لأنَّ التلفيق من اليوم الرابع فرع إرادة مقدار بياض اليوم، مع أنَّ ظاهر اللفظ إرادة نفس اليوم لا مقداره.

ودعوىٰ أنَّ اليوم الملفق أيضاً يوم حقيقةً كما ترى؛ إذ هو اسم لما بين طلوع الشمس إلى الغروب، لا لمقداره من الوقت سواء كان ليلاً أو نهاراً، ولا لمقداره من بياض اليوم، فالتلفيق من الليل ومن اليوم الآخر في عرض واحد في كون كل منهما خلاف الظاهر، فما يظهر من المصنف من التلفيق عند الانكسار لا وجه له.

٦٢٧ ـ **قوله**ﷺ:**(ويحتمل النقض من ...الخ)**[١].

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال أصلاً؛ إذ هو مبني على إرادة مقدار اليوم من الساعات، ومعه يلزم كفاية يوم وليلتين أو يومين وليلة، مع أنَّه قطعي الفساد.

٦٢٨ ـ **قوله**ﷺ: **(الا انه لا يعلل ...الخ)**[٢].

أقول: يعني أنَّ الوجه في دخولها هو ما ذكرنا من اعتبار الاستمرار من حين العقد إلى مضي ثلاثة أيام.

قلت: ومن ذلك يظهر أنَّ الليلة الأولى أيضاً خارجة عن الأيام الثلاثة، إلا أنَّها داخلة في حكمها من جهة اعتبار الاستمرار؛ فلا يلزم من فرض خروجها أيضاً اختلاف مفردات الجمع، هذا.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٩٥.

ويمكن أنْ يقال: إنَّ اليوم كثيراً يستعمل في مجموع الليل والنهار، ففي المقام كما يحتمل أنْ يكون دخول الليلتين من جهة الاستمرار كذلك يمكن أنْ يكون بالاصالة، ومن باب ذلك الاستعمال، بل العرف في مثل المقام الذي يكون الليل داخلاً في الحكم قطعاً يحمل اللفظ على إرادة ذلك المعنى، أي مجموع اليوم والليل، وحيئنذٍ فلا بدَّ من دخول الليلة الأخيرة إذا كان العقد في أول طلوع الشمس، وكون الاستعمال المذكور مجازاً على فرض تسليمه لا ينافي الظهور العرفي، هذا.

ولو شككنا في إرادة أي من المعنيين فمقتضى الاستصحاب أيضاً بقاء الخيار إلى آخر الليلة الأخيرة.

ثم أقول: تأييداً لهذه الدعوى أنَّه فرق واضح بين قوله للمشتري الخيار من حين العقد إلى مضى ثلاثة أيام، وقوله له الخيار ثلاثة أيام، أو أنَّ الشرط في الحيوان ثلاثة أيام، فانَّ في العبارة الأولى يكون المراد من اليوم نفس البياض فقط، إلا أنَّه لما كان الخيار ثابتاً إلى أنْ ينقضي ثلاثة أيام لا بدَّ من دخول الليلتين أو الليالي، وهذا بخلاف العبارة الثانية فانَّه يبعد غاية البعد إرادة بياض الأيام، وإرادة الليالي من الخارج من اجماع أو غيره، بل الظاهر المتبادر بعد العلم بثبوت الخيار في الليالي أيضاً إرادتها من نفس اللفظ، وأخبار الباب كلها من قبيل العبارة الثانية، فدعوى ظهورها في إرادة المجموع من النهار والليل قريبة جداً، وحيئنذٍ فلا يمكن التفكيك [الذي] ذكره القائل، ويؤيده أنَّ أصحاب الائمة والعلماء كلهم فهموا دخول الليلتين من نفس اللفظ، ولم يتوقفوا في ثبوت الخيار في الليل أيضاً إلى أنْ يدل دليل من الخارج، وهكذا الحال في سائر الموارد التي من قبيل المقام، فتدبَّر.

٦٢٩ ـ **قوله** ﷺ: (**إلى أنْ يمضي ست** ...الخ)[1].

أقول: هذا من باب المثال، وإلا فقد يكون اليوم أزيد من اثني عشر ساعة أو أقل .

○ مسقطات خيار الحيوان

❑ المسقط الأول: اشتراط سقوطه في العقد

٦٣٠ـ **قوله**ﷺ: **(ولا بأس به ...الخ)**[١].

أقول: وذلك لعموم أدلة الشروط بناءً على أنَّ حق الخيار وإنْ كان وحدانياً إلا أنَّه بمنزلة حقوق عديدة باعتبار الأيام والساعات، هذا.

ولو شرط عدم الفسخ فأمر جواز تبعيضه أظهر كما لا يخفىٰ.

ثم لا فرق في[٢] جواز اشتراط السقوط بين أنْ يكون في ضمن العقد أو في ضمن عقد آخر سابق أو لاحق جائز أو لازم حسبما عرفت سابقاً في خيار المجلس[٣]، ولو شرط سقوط الخيار في ضمن عقد آخر سابق، وشرط ثبوته في ضمن عقد آخر، أو في نفس البيع الخياري فهل يصح الشرط الثاني أو لا وجهان.

❑ المسقط الثالث: التصرف

٦٣١ـ **قوله**ﷺ: **(فوقّع**عليه السلام **إذا أُحدث ...الخ)**[٤].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ ظاهر السؤال في هذه الصحيحة كون المراد بالحدث ما يوجب تغيير المبيع من قبيل أخذ الحافر والنعل ونحوها، لا مطلق التصرف بقرينة عطف الركوب على الاحداث، وحيئنذٍ فيمكن أنْ يكون الامامعليه السلام سكت عن جواب الركوب لعدم كونه مانعاً من الرد؛ فيخالف حيئنذٍ الصحيحة المتقدمة والمتأخرة، ويمكن أنْ يكون مرادهعليه السلام من قولهعليه السلام (إذا أحدث فيها حدثاً)[٥] الأعم فيوافقهما، وهذا هو الأظهر بعد ملاحظة المجموع كما لا يخفىٰ.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٧.
(٢) وفي نسخة «أ» لا فرض.
(٣) تعليقة ٥٦٤.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٩٨.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ٢.

٦٣٢ ـ قوله ﷺ: (واستدل عليه في التذكرة ...الخ)[1].

أقول: الظاهر أنّ مراد العلامة الاستدلال على المدعى في الجملة، وليس غرضه الاستدلال على مطلق التصرف بالدليل المذكور، كيف ؟ ومن المعلوم أنّ مطلق التصرف ـ خصوصاً مع الغفلة عن البيع أو عن الخيار ـ لا يدل عن الرضا، فكيف يمكن أنْ يقول إنّه إجازة، فمراده الاستدلال على بعض أفراد التصرف.

وأما الدليل على مسقطية مطلقه فهو الاجماع والاخبار، ومما ذكرنا ظهر ما في قول المصنف بعد ذلك (ويظهر من استدلال العلامة وغيره ...إلى آخره) هذا.

ولكن الانصاف أنّ مقتضى جملة من كلماته أنّ المسقط عنده هو التصرف الدال على الرضا نوعاً، بل يظهر من بعض كلماته أنّ المسقط هو الالتزام الفعلي، وأنّ المدار على الرضا، فالانصاف أنّ كلماته مضطربة، فيظهر من جملة منها أنّ المدار على مطلق التصرف، وأنّه مسقط تعبدي، كقوله في رد بعض الشافعية (أنّ المسقط مطلق التصرف)، وقوله (لو كان على الدابة ...الخ) ما نقله المصنف عنه، وأظهر منهما قوله (عندنا أنّ الاستخدام، بل كل تصرف ...إلى آخر ما نقله المصنف) حيث لم يفرّق بين ما قبل العلم بالعيب وما بعده، والظاهر أنّ خيار الحيوان والعيب عنده من وادٍ واحد.

ويظهر من جملة منها أنّ المدار على الكاشف عن الرضا نوعاً وإنْ لم يكن كذلك فعلاً، كقوله (لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت لم يكن ذلك رضا بها، ولو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضا منه بامساكه، ولو حلبها في طريقه فالأقرب أنّه تصرف يؤذن بالرضا)[2]، وقوله في التحرير في مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف (وكذا لو اشتغل البيّع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا)[3].

ويظهر من جملة منها أنّ الملاك هو الرضا الفعلي، وأنّه المسقط كقوله (إنّ

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٩٨.

(٢) التذكرة ١١: ١٢٠.

(٣) التحرير ١: ١٨٤.

التصرف دليل الرضا) وقوله (إنّه إجازة).

بل كلمات سائر العلماء أيضاً مضطربة كما لا يخفىٰ، ألا ترى أنّ المحقق الثاني يظهر من أول كلماته التي نقلها المصنف بعد ذلك أنّ المسقط هو التصرف بقصد الالتزام بالبيع، ومن كلامه الثاني أنّه الدال نوعاً؛ حيث فرّق بين ركوب الدابة للاستخبار وحملها له، وقال إنّ الأول لا يعدُّ تصرفاً، والثاني ليس ببعيد أنْ لا يعد، فانّه لو كان المدار على الالتزام الفعلي لم يكن وجه لذلك؛ إذ بعد فرض قصد الاستخبار لا يكون هناك التزام فعلي في الصورتين، ومن كلامه الثالث أنّه ما يكون المقصود منه التملّك لا الاختبار، وهذا أعم من الثاني، فانّه لم يعتبر فيه الدلالة على الالتزام أصلاً، بل اكتفى بكونه بقصد الملكية، إلا أنْ يقال إنّ مراده من التملّك الالتزام فيرجع إلى الثاني.

وكيف كان فالمتحصل من كلماتهم أنّ في المسألة أقوالاً:

أحدها: أنّ المدار على الرضا الفعلي، والتصرف بقصد الاسقاط والالتزام فيرجع إلى الاسقاط الفعلي.

الثاني: أنّ المناط ما يكون من التصرفات كاشفاً عن الالتزام بالبيع نوعاً فانّه مسقط، لكن من حيث الكاشفية لا من باب الموضوعية، بمعنى أنّه لو علم عدم إرادة الالتزام به لا يكون مسقطاً كما في المسقط القولي؛ حيث إنّه لا يعتبر مع العلم بعدم القصد.

الثالث: أنّ الكاشف النوعي مسقط من باب الموضوعية، بمعنى أنّه مسقط تعبدي وإن علم عدم إرادة الالتزام والاسقاط من الخارج، وإلا فلو كان هناك قرينة مانعة عن كشفه فلا يكون مسقطاً لعدم كونه حينئذٍ كاشفاً نوعياً، ويحتمل الاسقاط ولو مع القرينة على الخلاف.

الرابع: أنّ المسقط مطلق التصرف تعبداً، إما مطلقاً أو باستثناء خصوص ما يراد منه الاختبار، أو باستثناء بعض التصرفات الجزئية.

الخامس: أنّه ما يكون دالاً على الرضا، أو منقصاً للقيمة، أو يكون لمثله أُجرة كما

يظهر من كلام السرائر[١] حسبما نقله المصنف.

السادس: أنّه ما يكون مفهماً للرضا أو موجباً لتغيير المبيع، كأخذ الحافر وانعال الدابة، وهذا هو الظاهر من المستند[٢].

السابع: أنّه التصرف الكاشف عن الرضا بأصل البيع، وإنْ لم يكن كاشفاً عن الالتزام به، وهو الظاهر من ثالث كلمات جامع المقاصد[٣]، ويمكن أنْ يحمل عليه كلام غيره أيضاً ممن اعتبر الدلالة على الرضا بحمله على الرضا بأصل البيع والملكية، وحاصله التصرف في المبيع بعنوان كونه مملوكاً له كتصرف الملّاك في أموالهم؛ فيخرج منه التصرف حال السهو والغفلة وبقصد الاختبار، وسيأتي[٤] تحقيق الحال وبيان الأقوى من هذه الأقوال.

٦٣٣ ـ قوله ﴿رَحِمَهُ اللهُ﴾: (يراد منه الرضا بالعقد ...الخ)[٥].

أقول: نعم هذا هو الظاهر منه، لكن يحتمل أنْ يكون المراد أنّ المسقط هو التصرف بعنوان الملكية والرضا بأصل البيع وإنْ لم يكن بعنوان الالتزام في مقابل التصرف حال الغفلة أو على وجه الاشتباه؛ بأنْ يتخيله شيئاً آخر من أملاكه، أو كونه مال الغير، أو على وجه الاختبار، وكون الرضا في الرواية المذكورة بمعنى الالتزام لا يدل على كونه كذلك في الصحيحة ؛ لعدم ذكر التصرف في موردها، وحينئذٍ فمن المعلوم أنّ كون الضمان على المشتري لا يكون إلا مع الالتزام بالبيع واسقاط الخيار.

والحاصل: أنّه لا منافاة بين كون المسقط في صورة التصرف ما يدل على الرضا بأصل الملك، وفي صورة عدمه انشاء الالتزام بالبيع، فتدبّر.

---

(١) السرائر ٢: ٢٤٧.
(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٧٣.
(٣) جامع المقاصد ٤: ٣٠٥.
(٤) تعليقة ٦٣٤.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ١٠٠.

٦٣٤ ـ قوله ﷺ: (فقوله عليه السلام فذلك رضاً منه ولا شرط له يحتمل وجوهاً ...الخ)(١).

أقول: الوجوه المحتملة في هذه الفقرة أزيد مما ذكره المصنف ﷺ، وذلك لأن قوله (فذلك رضاً)(٢) إما أنْ يراد منه أنّه بمنزلة الرضا تعبداً، أو يراد منه أنّه دال على الرضا نوعاً، بمعنى أنّه كاشف نوعي عنه، أو يراد منه أنّه دال عليه فعلاً، وعلى التقادير إما أنْ يكون هو الجواب عن الشرط، أو يكون توطئة للجواب الذي هو قوله عليه السلام (لا شرط) وعلى أي تقدير يكون بمنزلة التعليل للحكم، أما على تقدير التوطئة فواضح، وأما على تقدير كونه جواباً فلأنّه جواب في الصورة، وفي التركيب النحوي، وإلا فبحسب المعنى يكون الجواب قوله (لا شرط له) أو ما يفيد معناه، كقوله يسقط خياره أو نحو ذلك، وإلا فلا يعقل أنْ يكون هو الجواب في المعنى، ولو على تقدير إرادة التنزيل التعبدي كما لا يخفى، إذ معنى قوله (إذا أحدث حدثاً فهو بمنزلة الرضا) أنّه يسقط به خياره؛ لأنّه بمنزلة الرضا تعبداً.

والتحقيق: أنّه هو الجواب في الصورة وفي التركيب، وتوطئة بحسب اللب والمعنى، وإلا فيبعد جعل الجواب قوله (لا شرط له) ويكون قوله (فذلك رضاً) تعليلاً حقيقةً؛ بأنْ يكون الفاء الداخلة عليه فاء التعليل، لا فاء الجواب، بل الحال كذلك في جميع مقامات التوطئة، بمعنى أنَّ ما ذكر توطئة جواب صورة، وعلة في المعنى، أو بمنزلة العلة، مثلاً إذا قلت «إنْ جاءك زيد فهو عالم أكرمه» الجواب قوله «فهو عالم» لكن في المعنى كأنك قلت «أكرمه فانّه عالم» فلا تغفل.

ثم على تقدير إرادة كونه دالاً على الرضا نوعاً إما أنْ يجعل علة للحكم أو حكمة، فعلى الأول يكون المراد بحسب اللب أنَّ التصرف مسقط؛ لأنّه دال على الرضا نوعاً، أي دلالة نوعية، وعلى الثاني يكون المعنى بحسب نوعه يكون دالاً على الرضا نوعاً، والفرق أنّه على تقدير العليّة يكون المسقط ما يدل على الرضا نوعاً دون مثل التصرف الاختباري ونحوه، وعلى الثاني مطلق التصرف؛ لأنّه قال

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠٠.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ١.

التصرف مسقط؛ لأنَّ نوعه يدل على الرضا النوعي، ومن هذا يظهر أنَّ حمله على الحكمة للحكم خلاف ظاهر التعليل؛ إذ ظاهره أنَّ نفس المسقط يدل على الرضا لا نوعه، مثلاً إذا قال «اعمل بالخبر لأنَّه يكشف عن الواقع» ظاهره أنَّ ما يجب العمل به ما يكون كاشفاً نوعياً، فتدبَّر.

ثم إما أنْ يجعل المسقط الكاشف النوعي من حيث إنَّه كاشف، أو من باب الموضوعية.

ثم إنَّ المراد بالرضا إما الالتزام بالبيع أو الرضا بأصل البيع، بمعنى كون التصرف بعنوان المالكية، فعلى بعض هذه الوجوه يكون التصرف مسقطاً تعبدياً مطلقاً، أو في الجملة، وعلى بعضها يكون المسقط الرضا المستكشف نوعاً، وعلى بعضها الرضا المستكشف فعلاً، وعلى بعضها التصرف الكاشف نوعاً وإنْ لم يكن بقصد الالتزام، وعلى بعضها التصرف الكاشف عن الرضا بأصل البيع فعلاً أو نوعاً، بيان ذلك أنَّه على تقدير كون المراد التنزيل منزلة الرضا يكون التصرف مطلقاً مسقطاً تعبدياً سواء جعل الجزاء قوله (فذلك رضا) أو قوله (لا شرط) والوجه واضح.

وكذا لا فرق على التقادير الأُخر أيضاً بين جعل الجزاء هذا أو ذاك؛ لما عرفت من أنَّ الفرق بحسب الصورة والتركيب لا بحسب اللب والمعنى، وعلى تقدير كون المراد الدلالة النوعية فكذلك إنْ جعل حكمة للحكم لا علة، وعلى تقدير جعله علة فمع إرادة الموضوعية فالمسقط التصرف الكاشف نوعاً عن الرضا بأصل البيع بناءً على كونه المراد من الرضا وإنْ لم يكن كاشفاً نوعاً عن الالتزام؛ فيخرج التصرف مع الاشتباه والغفلة، وعلى التقدير المذكور إنْ كان المراد من الرضا الالتزام بالبيع فيكون المسقط ما يدل نوعاً على الالتزام وإنْ لم يكن بقصده؛ إذ المفروض أنَّ الكاشف النوعي مسقط موضوعاً وتعبداً، وحينئذٍ يخرج منه ما لم يكن في نوعه كاشفاً كالتصرف الاختباري، بل مثل النظر واللمس والتقبيل والاستخدام ونحو ذلك، بل غالب التصرفات لا يكشف عن الالتزام، وإنَّما يكشف عن الرضا بأصل البيع، ومع إرادة الكاشفية دون الموضوعية فالحال

كذلك، إلا أنَّه يخرج ما علم من الخارج عدم إرادة الالتزام به، وكذا إذا قامت قرينة على عدمها بناءً على عدم خروجه بذلك عن الكاشفية النوعية.

وإذا كان المراد من الرضا الرضا بأصل البيع فيكون كالتقدير السابق، إلا إذا علم عدم الرضا بأصل البيع، وعلى تقدير إرادة الدلالة الفعلية على الرضا فالمسقط هو الرضا الفعلي بأصل البيع على أحد البنائين، وبالالتزام على الآخر، وعليه يكون راجعاً إلى الاسقاط الفعلي، وليس التصرف بما هو مؤثراً شيئاً؛ إذ كل ما يمكن أنْ ينشأ به الالتزام والاسقاط يكون مسقطاً، وفي الحقيقة لا فرق بين جعل المدار على الكاشف النوعي على وجه الكاشفية، وبين هذا الوجه الأخير، وهو جعل المدار على الكاشف الفعلي في كون الملاك الرضا والالتزام بالبيع واقعاً وإنَّما التفاوت أنَّه بناءً على الكاشف النوعي يكون ظاهر الفعل حجة، وعلى الفعلي لا يكون كذلك.

ومن هذا ظهر أن لا فرق بين المعنى الثالث والرابع في كلام المصنف في أنَّ المدار في كليهما على كون المناط الرضا والالتزام بالبيع؛ لأنَّهﷺ جعل الثالث من باب الكشف النوعي على وجه الكاشفية لا الموضوعية؛ فيكون الاختلاف بينهما والنزاع الواقع في تعيينهما راجعاً إلى أنَّ الكاشف النوعي في الافعال هل هو حجة كما هو في الأقوال أو لا.

نعم، بناءً على جعله من باب الموضوعية يكون الفرق واضحاً بحسب اللب والواقع أيضاً؛ إذ لازم الوجه الثالث على الموضوعية كون المسقط نفس التصرف الكاشف بما هو تصرف، لا الرضا والالتزام المكشوفين، بخلافه على الوجه الرابع.

وظهر أيضاً الاضطراب في كلام المصنفﷺ فانَّه في هذا المقام بمقتضى بيانه يجعل المدار على التصرف الكاشف من حيث الكاشفية، وفي سائر المقامات يجعله من باب الموضوعية؛ حيث إنَّه استدل على كونه مسقطاً في سائر الخيارات بعموم التعليل في هذه الرواية، ومن المعلوم أنَّ المحتاج إلى عموم التعليل إنَّما القول بالموضوعية؛ فانَّ كونه مسقطاً حينئذٍ يحتاج إلى دليل؛ لكونه على خلاف القاعدة، وأما بناءً على الكاشفية فليس أمراً وراء الاسقاط فلا يحتاج إلى دليل، بل

هو على طبق القاعدة كالاسقاط القولي، فيكفيه كون الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط، وصدق الانشاء عرفاً بانشائه بالفعل كصدقه بانشائه بالقول، وعلى تقدير الحاجة فليس نظر هذه الاخبار إلى بيان حجية الفعل الكاشف وعدم حجيته كما لا يخفىٰ.

إذا عرفت ذلك فنقول: الأظهر في محتملات الخبر إرادة التنزيل التعبدي وهو المناسب لاطلاق الأمثلة في ذيله، ولاطلاق الصحيحين الأخرين، بل هو الظاهر من الجملة الشرطية أيضاً كما لا يخفىٰ.

مع أنَّ الظاهر من الرضا ـ كما عرفت ـ الالتزام بالبيع، لا الرضا بأصل البيع، ومعه لو لم يحمل على هذا المعنى يلزم التخصيص بالفرد النادر؛ إذ الغالب في التصرفات عدم دلالتها ـ ولو نوعاً ـ على الالتزام.

وأيضاً الظاهر من الاخبار كون المسقط نفس التصرف واحداث الحدث، وعلى إرادة الكشف النوعي أو الفعلي يكون المسقط التصرف بقصد الاسقاط، لا نفسه بما هو، إلا أنْ يراد من التعليل الحكمة، وهو خلاف الظاهر كما عرفت، أو يقال بكونه مسقطاً من باب الموضوعية، وهو أيضاً خلاف الظاهر بعد إرادة التصرف الكاشف، فانَّ الظاهر من تعليق الحكم على الكاشف اعتبار كاشفيته.

ولا يضره رواية عبدالله بن زيد[1] الحاكية للنبوي صلى الله عليه وآله لما عرفت من أنَّ موردها صورة عدم التصرف، أو الاغماض عنه، ومعه لا يكون المسقط إلا الرضا والالتزام كما هو واضح.

ولا يضره أيضاً ما دلَّ من الاخبار على الأمر لذي الخيار بايجاب البيع على نفسه إذا أراد التصرف، بدعوى أنَّه لو كان التصرف من حيث هو مسقطاً لم يحتج إلى الايجاب أولاً كخبر السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام (أنَّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال ليشهد أنَّه قد رضيه فاستوجبه، ثم ليبعه إنْ شاء، فان أقامه في السوق فلم يبعه فقد وجب

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٤.

عليه)[١]، ونحوه صحيحة الحلبي[٢] وغيرها؛ وذلك لأنّها غير معمول بها، وربـما حملت على الاستحباب، مع أنّها واردة في خيار الشرط فلا دخل لها بالمقام، مع أنّ لازمها عدم كفاية التصرف بقصد الالتزام أيضاً، بل لا بدّ من الالتـزام أولاً ثـم التصرف، فالاشكال من جهتها مشترك الورود.

ولا يضره أيضاً تعليلهم لكون التصرف مسقطاً بأنّه دليل الرضا أو إجازة أو نحو ذلك؛ إذ يمكن أنْ يكون دليلاً على بعض المدعى، مـع أنّ المشـهور لم يـعللوا بذلك.

ولا يضره أيضاً حكمهم بأنّ كل تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من البائع، مع أنّ الفسخ لا يتحقق إلا بانشائه فعلاً أو قولاً؛ وذلك لأنّ هذه العبارة إنّما صدرت من القائل باعتبار الدلالة على الرضا، وليست في كـلام الجميع، مع أنّ غاية مفاد هذا الكلام أنّ الاجازة الفعلية والفسخ الفعلي متلازمان بحسب المورد، وهذا لا يدل على عدم كون التصرف مسقطاً تـعبدياً؛ إذ القـائل بالتعبدية لا يجعله من الاجازة الفعلية؛ ليكون اللازم كفايته في الفسخ الفعلي أيضاً.

ولا يضره أيضاً تحقق الاجماع على عدم مسقطية بعض التصرفات كالتصرف الاختباري ونحوه مما لا ينفك عن كون الحيوان عند المشتري في مدة ثلاث أيام، إذ يمكن أنْ يقال نمنع الاجماع أولاً، ونلتزم بالتخصيص والخروج بالدليل ثانياً، وندعي انصراف الحدث إلى غيرها ثالثاً.

ومما ذكرنا تبين أنّ الأقوى هو القول بالسقوط بالتصرف مطلقاً، ثم على فرض الاغماض عما ذكرنا فالظاهر كون المناط نفس الرضا المستكشف، لا التصرف الكاشف؛ لأنّه علل الحكم بنفس الرضا لا بالدال عليه، مع أنّك عـرفت أنّ لازم اعتبار الكاشف النوعي أيضاً ذلك؛ إذ اعتباره على وجه الموضوعية بعيد، فلا وجه لاتعاب المصنف‌ؒ نفسه في تقوية الوجه الثالث؛ إذ لا فرق بينه وبين الرابع إلا

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ٢.

مجرد حجية الكشف النوعي في التصرفات بناءً على الثالث، والسكوت عنه بناء على الرابع، فتدبّر.

بقي شيء: وهو أنّه بناءً على المختار في معنى الخبر لا وجه للتعدّي إلى سائر أفراد الخيار مما لم يرد فيه نص بالخصوص كما عدا خيار العيب؛ إذ على فرض استفادة العلية أيضاً يكون العلة أمراً تعبدياً، وهو كون التصرف بمنزلة الرضا، وهذا التعبد لم يثبت في غير المقام.

وأما على فرض جعل المناط هو الرضا المستكشف بالظن الفعلي أو النوعي فالحكم على طبق القاعدة، فالتعدّي لا يحتاج إلى دليل، وعلى فرض كون المناط هو الكاشف النوعي على وجه الموضوعية فقد يتخيل جواز التعدّي وإنْ كان الحكم على خلاف القاعدة؛ وذلك لدلالة عموم التعليل؛ لأنَّ الكلام في قوة أنْ يقال «إذا أحدث المشتري حدثاً فلا خيار له» لأنَّ الحدث كاشف نوعي؛ فيدل على أنَّ كل كاشف نوعي يسقط الخيار؛ ولكنه ممنوع؛ لأنَّ غاية الأمر استفادة كبرى كلية، ولا يلزم أنْ تكون تلك الكبرى قوله «كل كاشف نوعي يسقط كل خيار»، بل يكفي كونه مسقطاً في خصوص خيار الحيوان ، والحاصل أنّه لا يستفاد من الخبر أزيد من ذلك، فتدبّر.

٦٣٥ ـ قوله ﭬ: (لكنه توطئة ... الخ)[1].

أقول: الأولى أنْ يقول لكنه حكمة للحكم لا علة؛ إذ ليس قوله ﷺ (فذلك رضا) توطئة للحكم، بل نفس الحكمة، كما أنّه على تقدير العلية يكون نفس العلة لا توطئة لها، فتدبّر.

٦٣٦ ـ قوله ﭬ: (ويكون العله هي نفس الرضا ... الخ)[2].

أقول: لا يخفىٰ أنّه بناءً على الوجه الثالث أيضاً على مقتضى بيان المصنف من اعتبار التصرف الكاشف على وجه الكاشفية دون الموضوعية، وإلا لم يختص

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٠٢.

بصورة عدم القرينة على الخلاف، أو عدم العلم بالخلاف، ولم يكن حاله حال الالفاظ يكون العلة نفس الرضا الفعلي الواقعي، غاية الأمر أنّه مظنون بالظن النوعي ومستكشف بالكاشف النوعي لا الشخصي، فالفارق بين الوجهين ـ أعني الثالث والرابع ـ كون الرضا في الثالث مظنوناً بالظن النوعي، وفي الرابع مظنوناً بالظن الشخصي، وإلا ففي كل منهما يعتبر الرضا الفعلي الشخصي.

نعم، بناءً على حمل الوجه الثالث على اعتبار نفس الكاشف النوعي، لا بما هو كاشف، بل من حيث إنّه موضوع من الموضوعات يتم الفرق، لكنه خلاف ظاهر كلامه في المقام، وإنْ كان مقتضى ظاهره في غيره؛ حيث حكم بتوقف كون التصرف في سائر الخيارات مسقطاً على استفادة العلية التامة من الخبر المذكور، مع أنّه على فرض إرادة الكاشفية يكون التعدّي على طبق العادة كما عرفت مراراً، ولا يحتاج إلى عموم التعليل، فتدبّر.

٦٣٧ ـ قولهؒ**:(وورود النص أيضاً ...الخ)**[1].

أقول: هذا عطف على فاعل «ويؤيده»، وهو لفظ الحكم، ووجه التأييد أنّه اكتفى في النص بما يدل على الرضا وإنْ لم يصدق عليه التصرف عرفاً، وهذا كاشف عن أنّ المناط هو الرضا.

قلت: هذا لا يدل على انحصار المسقط والموجب في الرضا، بل على مجرد كفاية الدال على الرضا، وهذا أعم من المدعى.

ثم إنّ الظاهر أنّ المراد من هذا النص رواية السكوني المتقدمة[2] حيث حكم فيها بكون الاقامة في السوق موجباً للبيع.

ويمكن أنْ يقال إنّ المفروض في الرواية الايجاب قبل الاقامة في السوق فلا يكون المسقط مجرد الاقامة، بل الايجاب السابق، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠٣.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ١.

٦٣٨ ـ قوله ﷺ: (ومما يؤيد عدم ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت عدم تمامية هذا التأييد.

٦٣٩ ـ قوله ﷺ: (الظاهرة في المعنى الثالث ...الخ)[٢].

أقول: ظاهر جملة من هذه الكلمات الاناطة بنفس الرضا الفعلي كما عرفت، فتدبّر.

٦٤٠ ـ قوله ﷺ: (وأمّا الاستشهاد لذلك ...الخ)[٣].

أقول: يعني لاعتبار الدلالة على الالتزام وعدم كفاية مطلق التصرف.

٦٤١ ـ قوله ﷺ: (ففيه ما سيجيء ...الخ)[٤].

أقول: من أنّ ذلك من جهة تواطىء المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضاً؛ وذلك لأنّ بناء ذلك البيع على الانتفاع بالثمن، فكأنّهما اشترطا بقاء الخيار حتى بعد التصرف، هذا.

وذكر المصنف هناك وجهين آخرين في توجيه عدم سقوط الخيار بالتصرف في الثمن، لكنهما مبنيان على اعتبار الدلالة على الالتزام في كون التصرف مسقطاً، فهما مؤيدان لهذا الاستشهاد، فراجع[٥].

ويمكن الجواب عن الاستشهاد المذكور بأنّه لا تلازم بين خياري الحيوان أو الشرط في السقوط وعدمه بالتصرف، فيمكن أنْ يكون الحكم في المقام تعبدياً منوطاً بمطلق التصرف، وفي ذلك المقام بمقتضى القاعدة، وهذا هو التحقيق في الجواب.

٦٤٢ ـ قوله ﷺ: (يظهر فساد الجمع ...الخ)[٦].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٠٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٠٨.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٠٨.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ١٣٦.
(٦) كتاب المكاسب ٥: ١٠٩.

أقول: حاصل كلام الجامع أنَّ هذه الاخبار الدالة على مسقطية التصرف وإنْ كانت مطلقة إلا أنها معارضة بما يدل على عدم كونه مسقطاً كخبر عبدالله بن الحسن[١]، وخبري الشاة المشتراة[٢]، ومقتضى الجمع بين الطائفتين حمل الفرقة الأولى على صورة الدلالة على الالتزام، وحمل الأخيرة على صورة عدم الدلالة عليه.

وحاصل جواب المصنف أنَّ هذا الجمع غير ممكن لاستلزامه استهجان التعليل المذكور فيها.

قلت: هذا مع أنَّ هذا الجمع لا شاهد له، ودعوىٰ دلالة قوله (فذلك رضا منه) عليه مدفوعة بأنَّ الكلام مع الاغماض عنه، مع أنك عرفت عدم دلالته، كيف ؟ وإلا كان هو الدليل على اعتبار الدلالة على الالتزام، ولم يحتج إلى التمسك بكونه مقتضى الجمع بين الاخبار هذا، وأيضاً نمنع دلالة الفرقة الثانية على عدم سقوطه بالتصرف، أمَّا خبر عبدالله فواضح؛ إذ ليس فيه إشعار بكونه بعد التصرف، وعدم استفصال الامام عليه السلام أيضاً لا يكون دليلاً؛ لأنَّه كان بصدد بيان حيثية التلف في زمن الخيار، لا بيان جميع الجهات.

وأما الخبران الأخران فلفرض كون الرد فيهما بعد الثلاثة فهو ليس من باب خيار الحيوان، بل يمكن أنْ يكون من جهة الاقالة، ويمكن أنْ يكون من جهة خيار آخر من شرط أو نحوه؛ فلا دخل لهما بما نحن فيه.

٦٤٣ ـ **قوله** قدس سره: **(فتأمّل ...الخ)**[٣].

أقول: لعل وجهه أنَّ عدم العمل وإنْ كان لا يوجب رد الرواية إلا أنَّه يوهنها، مع أنَّ موضع دلالتها على جواز الرد بعد التصرف الفقرة الغير المعمول بها، وهو قوله عليه السلام (يرد معها ثلاثة أمداد)[٤] فاذا طرحت لا يبقى فيها دلالة على المدعى، إلا

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٤.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٣ من ابواب الخيار، ح ١.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٠٩.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١٣ من ابواب الخيار، ح ١.

أنْ يقال إنَّ الحكم مستفاد من تقريره عليه السلام كلام السائل أيضاً، مع أنَّ طرح الحكم لا يقتضي طرح الفقرة بالمرة، فتدبَّر.

٦٤٤ ـ **قوله** قدس سره: **(وبالجملة فالجمع ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ هذا الاشكال غير الاشكال السابق، فلا وجه لهذا التعبير؛ إذ مقتضاه أنَّه اجمال لذلك، وليس كذلك، فتدبَّر.

بقي أمور:

الأول: على ما ذكرنا من كون التصرف مسقطاً تعبدياً أيضاً يمكن أنْ يقال بعدم السقوط ببعض التصرفات الجزئية التي لا تنفك عن كون الحيوان عند المشتري في الثلاثة حسبما أشرنا سابقاً[٢]، والسر فيه انصراف الاخبار عنها، وعدم صدق الحدث عليها، وكذا الحال في التصرف الاختباري والتصرف الاشتباهي ونحو ذلك مما لا ينصرف إليه الاخبار.

نعم لو كان التصرف المذكور مغيراً فالظاهر شمول الاخبار وإنْ كان من باب الاشتباه، كما لو أخذ حافر الحيوان باعتقاد أنَّه حيوانه الآخر غير المبيع فبان أنَّه هو، فانَّه يصدق عليه أنَّه أحدث فيه حدثاً، أما لو قبّل الجارية باعتقاد أنها زوجته فبان أنها الجارية المبيعة فالظاهر عدم الشمول.

وبالجملة المدار على صدق إحداث الحدث، وانصراف الاخبار.

الثاني: لو قبّلها أجنبي أو وطئها أو نحو ذلك من التصرفات من غير إذن المشتري لا يكون تصرفاً مسقطاً، وكذا لو أخذ حافر الدابة أو نعلها بغير إذنه؛ إذ المناط تصرف المشتري، ولا يضر التغيير بعد إنْ كان الحكم معلّقاً على احداثه الحدث، لا حدوث التغير، فليس المقام من قبيل خيار العيب؛ حيث إنَّ التغير بغير التصرف أيضاً مسقط له.

نعم، لو كان تصرف الغير باذن المشتري يسقط خياره، فلو وكّل في بيع

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٠٩.
(٢) تعليقة ٦٣٤.

الحيوان أو نعله أو أخذ حافره فمع فعل الوكيل لا اشكال في سقوط الخيار، وأما مع عدمه فالظاهر العدم لعدم كونه تصرفاً، ومجرد التوكيل في بيعه لا يعدُّ من التصرف واحداث الحدث.

نعم لو أذن في وطىء الجارية من باب التحليل فالظاهر أنّه تصرف؛ لأنَّ نفس التحليل تصرف فيها وإنْ لم يحصل الوطىء بعد.

الثالث: لا فرق في التصرف بين كونه محللاً أو محرماً في كونه مسقطاً حتى لو كان للبائع أيضاً خيار من جهة المجلس أو الشرط أو نحو ذلك، وقلنا بعدم جواز التصرف في زمان الخيار حتى المشترك فتصرف المشتري نقول بسقوط خياره، نعم لو باع الحيوان وقلنا بعدم صحته في زمان خيار البائع فالظاهر عدم سقوط خياره بمجرد ذلك، أي ما لم يقصد انشاء الاسقاط، فانَّ البيع الفاسد لا يعدُّ تصرفاً، وكذا إذا كان البيع باطلاً من جهة فقدان بعض الشرائط على القول بجواز جميع التصرفات، ويحتمل أنْ يقال إنّه تصرف وإنْ كان باطلاً.

وأمّا البيع الخياري والهبة الجائزة والتدبير والوصية ونحوه فلا اشكال في كونها تصرفات.

الرابع: العرض على البيع ليس تصرفاً مسقطاً للخيار إلا إذا قصد به انشاء الالتزام، وربما يقال إنّه مسقط لرواية السكوني المتقدمة(١).

وفيه: ـ مع ضعف سندها واشتمالها على ما لا يقول به أحد من وجوب الاستيجاب قبل البيع ـ عدم دلالتها كما عرفت لاحتمالها إرادة وجوب البيع من جهة الاستيجاب السابق على الاقامة في السوق، لا من جهة مجرد الاقامة.

الخامس: لو أذن المشتري للبائع في التصرف في الثمن فهل يسقط خياره أم لا؟ التحقيق عدم السقوط سواء قلنا بجواز تصرف غير ذي الخيار في زمن الخيار أو قلنا بالعدم، أما على الأول فواضح، وأما على الثاني فلأنَّ رفع المنع من التصرف لا ينافي بقاء الحق، وإنْ كان الاذن في تصرف خاص فعدم المنافاة أوضح.

---

(١) تعليقة ٦٣٤.

وقد يقال بالسقوط على هذا البناء بدعوى أنّ المنع من التصرف إنّما هو لمكان حق الخيار، فالاذن فيه رفع للمنع، وهو في قوة رفع الخيار، وقد عرفت ضعفه.

السادس: التصرف إنّما يسقط الخيار بما هو تصرف إذا كان من المشتري، وأما لو تصرف البائع في الثمن وقلنا بثبوت خيار الحيوان له أيضاً مطلقاً أو إذا كان الثمن حيواناً فلا يسقط خياره بمجرده، فبالنسبة إليه الحكم على طبق القاعدة لا بدَّ من كونه بعنوان الالتزام وبقصد الاسقاط، وذلك لأنّ الاخبار الخاصة كلها مختصة بالمشتري إلا أنّ يفهم منها المثالية لصاحب الحيوان، ويجعل التقييد منزلاً على الغالب، وهو كما ترى.

السابع: مسقطية التصرف تعبداً مختص بخيار الحيوان، فلو كان للمشتري خيار آخر كالمجلس أو الشرط فهو باقٍ بعد التصرف، إلا أنّ يكون بعنوان الاسقاط والالتزام، ويحتمل أنْ يقال إنّ خيار المجلس أيضاً يسقط في خصوص المقام لملازمته لخيار الحيوان، فاطلاق الاخبار بوجوب البيع بالتصرف وافٍ به أيضاً، فتأمّل.

الثامن: لو اختلفا في التصرف وعدمه فالقول قول النافي؛ لاصالة العدم، وبقاء الخيار، ولو اتفقا عليه واختلفا في كونه بعنوان الالتزام وعدمه ـ بناءً على عدم كفاية مطلق التصرف ـ فان كان ذلك التصرف مما له ظهور نوعي في الالتزام فالقول قول مدعي الالتزام، وذلك لأنّ ظواهر الافعال حجة كالاقوال، وإن لم يكن كذلك فالقول قول مدعي بقاء الخيار للأصل، بمعنى أصالة عدم وجود التصرف الكذائي، وأصالة بقاء الخيار، ولو اختلفا في التصرف أنّه من قبيل الوطىء مثلاً حتى يكون مسقطاً أو من قبيل ناولني كذا حتى لا يكون فالقول قول الثاني؛ لأنّ الاصل عدم الأول الذي علق عليه الخيار بالفرض، وأيضاً الاصل بقاء الخيار، ويظهر مما ذكرنا حكم سائر صور التنازع.

تذييلات:

الاول: خيار الحيوان مختص بباب البيع؛ فلا يجري في الصلح والاجارة إذا

كانت الاجرة حيواناً؛ وذلك لأنّه على خلاف القاعدة ثبت في خصوص البيع، إلا أنْ يدعى أنّ لفظ المشتري من باب المثال، وهو كما ترى.

الثاني: لا فرق بين بيع تمام الحيوان أو بعضه المشاع كالنصف والثلث لاطلاق الاخبار، والانصراف بدوي.

الثالث: إذا باع ثوباً وحيواناً بثمن واحدة فهل يثبت الخيار في المجموع أو يثبت في خصوص الحيوان أو لا خيار أصلاً؟ وجوه أوسطها الوسط، غاية الامر أنّ للبائع خيار تبعّض الصفقة على تقدير الفسخ، هذا إذا كان البائع واحداً، وأما لو تعدد فلا خيار لمن كان صاحب حيوان؛ لعدم التبعّض عليه، هذا ولو كان الثمن متعدداً فهو في الحقيقة يكون من قبيل تعدد العقد.

ولو تعدد المشتري فيما كان المبيع حيواناً واحداً فالظاهر أنّ لكل منهما خيار، ويحتمل أنْ يكون خيار واحد لهما، فلا يجوز أنْ يختلفا في الفسخ والامضاء، ولتحقيق حال هذه المسألة كلية مقام آخر، ولعلنا نتعرّض فيما له سيأتي.

الثَّالِثُ

خِيَارُ الشَّرْطِ

الثالث: خيار الشرط

٦٤٥ ـ قوله ﴿ﺭﺡ﴾: (فمن الأولى ...الخ)[١].

أقول: ومن الثانية صحيحة بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام ـ في حديث ـ (قال: وإنْ كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أنْ يمضي الشرط فهو من مال البائع)[٢] ورواية السكوني المتقدمة (أنَّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بالشرط إلى نصف النهار ...الخ)[٣] والاخبار المستفيضة الواردة في اشتراط الفسخ برد الثمن كما سيأتي نقلها[٤].

ولا يخفى أنَّ شرط الخيار ليس مخالفاً للكتاب والسنة؛ لأنَّ وجوب الوفاء المستفاد من الكتاب والسنة كقوله (إذا افترقا وجب البيع)[٥] من مقتضيات اطلاقه لا من مقتضيات طبيعته، كيف ؟ والبيع الخياري ثابت في الشرع كثيراً، فالحكم قابل للتغيير بالطوارىء فلا اشكال في صحة الشرط المذكور، ويجوز الاستدلال عليه بالفرقة الأولى من الاخبار، بل هي العمدة في المضمار، فلا وجه لما في المستند[٦] من الاشكال في التمسك بها من جهة مخالفة الشرط للكتاب والسنة.

ثم إنَّه جعل الدليل على المدعى ـ مضافاً إلى الاجماعات المنقولة ـ الفرقة الثانية من الاخبار، وجعلها مخصصة لما دلَّ على عدم صحة الشرط المخالف، مع

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ١.

(٤) في بيع الخيار.

(٥) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ٤.

(٦) مستند الشيعة ١٤: ٣٨٢.

أنّ سياق أدلة عدم صحة الشرط المخالف آبٍ عن التخصيص، فالتحقيق ما عرفت من عدم المخالفة.

❑ مسألة: لا فرق بين كون زمان الخيار منفصلاً أو متصلاً بالعقد

٦٤٦ ـ قوله ﷺ: (أو منفصلاً عنه ...الخ)[١].

أقول: ويجوز التعاقب بأنْ يجعل الخيار يوماً ويوماً، لا في شهر أو سنة، أو يوماً ويومين لا[٢] ونحو ذلك، وعن المسالك[٣] احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال، ولا وجه له.

٦٤٧ ـ قوله ﷺ: (نعم يشترط تعيين المدة ...الخ)[٤].

أقول: يكفي أنْ يعين شهراً هلالياً وإنْ كان محتملاً للنقص والتمام، فانّه لا يعتبر المضبوطية من جميع الجهات، وإلا فلو عين ثلاثين يوماً لا يعلم أنّه شهر أو أزيد بيوم.

٦٤٨ ـ قوله ﷺ: (ولعل هذا مراد ...الخ)[٥].

أقول: يعني أنّ مراده أنّ العرف قد يقدمون على الغرر ويجوزون المعاملة الغررية لمسامحتهم في ذلك، والشارع لم يجوّز الاقدام عليه مطلقاً، ولم يمضِ هذا التسامح منهم، لا أنّ بعض الجهالات ليس غرراً عند العرف، وغرر عند الشارع، كيف ؟ وليس للعزر حقيقة شرعية.

قلت: مع أنّه على هذا كان الأنسب أنْ يقول إنّ الغرر في الشرع أوسع دائرة لا أضيق،على هذا يكون الغرر الشرعي أعم من العرفي، ومن المعلوم أنّ الأعم أوسع لا أضيق، هذا والظاهر أنّ هذا مراد ذلك البعض، ولا يضر عدم ثبوت الحقيقة

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٣.
(٢) هكذا في الاصل، والظاهر زيادة «لا».
(٣) مسالك الانهام ٣: ٢٠١.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١١٣.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ١١٤.

الشرعية؛ إذ يكفي المراد الشرعي ولو لم يكن على وجه الحقيقة، فمثل بيع أحد العبدين المتساوين من جميع الجهات لا يعد غرراً في العرف، ولا يجوز بيعه شرعاً لعدم العلم بشخص المبيع، إلا أنْ يقال لا نسلم أنَّ ذلك من باب الغرر، فلعله من جهة اعتبار لعلم زائداً على اعتبار عدم الغرر هذا.

والانصاف أنَّه لا وجه لكلام هذا القائل أصلاً؛ إذ من المعلوم أنَّ الغرر موضوع عرفي، فانْ كان موارد المسامحة لا تعد عندهم غرراً فلا يشملها دليل المنع، وإنْ كان غرراً، ومع ذلك يقدمون عليه من باب المسامحة فهذا شأن الشارع، فانَّ نهيه عن الغرر لسد باب هذا التسامح المنجر إلى التنازع.

نعم، يتم كلامه إنْ ثبت للشارع اصطلاح خاص حقيقة أو مجازاً، ومعه ينبغي أنْ يقال إنَّ دائرته في الشرع أوسع كما عرفت، ولم يثبت هذا الاصطلاح، فتدبَّر.

ويمكن أنْ يوجه كلامه بأنَّ مراده أنَّه موارد مسامحة عقلاء العرف كالسلم إلى دياس أو حصاد لا تعد عندهم غرراً أصلاً، ومع ذلك منع عنها الشارع وخطأهم في عدم كونها غرراً بنهيه عنها، وقوله عليه السلام (نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر) وإنْ كان لا يفي بمنع هذه الموارد إلا أنَّ الاخبار الأخر الواردة في خصوصيات الموارد كموثقة غياث (لا بأس بالسلم ...الخ)[1]، والاخبار الدالة على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم ونحو ذلك شاهدة على التعميم والتخطئة، وهذا حسن إنْ ثبت أنَّ المنع في هذه الاخبار من جهة الغرر، فتدبَّر.

٦٤٩ ـ قوله رحمه الله**:(ويشير ما ذكرنا** ...الخ)[2].

أي أنَّ الغرر لا ينتفي بمسامحة الناس.

قلت: يظهر من المصنف أنَّ سر اعتبار الأجل المعلوم في هذه الاخبار هو لزوم الغرر، وحينئذٍ لا يتجه التوجيه الذي ذكرنا؛ فانَّه إذا أقدم العقلاء على المعاملة بتعيين الأجل بالحصاد والدياس ونحوهما يستكشف منه عدم كونه غرراً عندهم؛

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب السلف، ح ٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١١٤.

فيكون الشارع قد خطأهم في ذلك، وأنَّ مبنى الغرر على ما يكون غرراً بالمداقة.

٦٥٠ ـ **قوله**: **(وربما يستدل على ذلك ...إلى قوله فيلغو الشرط)**[1].

أقول: لا يخفى ما في العبارة من الاجمال، و لعل مراده الاشارة إلى ما في الجواهر؛ حيث قال في مقام الاستدلال على البطلان للغرر حتى في الثمن؛ لأنَّ له قسطاً منه فيدخل فيما نهى النبي ، فاشتراطه مخالف للسنة، وما دلَّ على وجوب اتباعها من الكتاب، وحينئذٍ فحاصل الاستدلال أنَّ هذا الشرط مخالف للسنة القائلة بعدم جواز البيع الغرري، وحاصل إيراد المصنف أنَّ المخالف للسنة إنَّما هو البيع بواسطة الشرط المجهول، فلا وجه لدعوى أنَّ الشرط مخالف؛ إذ المفروض أنَّ النهي إنَّما هو عن البيع الغرري، لا الشرط الغرري، فلا يصح ما فرّعت على النهي المذكور من قولك (فاشتراطه مخالف ...الخ)، بل كان ينبغي أنْ تقول (فهذا البيع المشتمل على الشرط المذكور مخالف ...الخ).

وحاصل التوجيه بقوله «اللهم» أنَّه يمكن أنْ يكون الضمير في قوله (فيدخل فيما نهى النبي) راجع إلى الشرط لا إلى البيع، ويكون مراده من النهي النهي عن الغرر، ولو كان في الشرط، وحينئذٍ فالشرط الغرري مخالف للنهي الوارد في السنة عن مطلق الغرر، ولو كان في غير البيع من الشرط ونحوه فيصح التفريع، إلا أنَّه لما كان الغرر في الشرط موجباً للغرر في البيع كان الأنسب التعليل لبطلان البيع بأنَّه بيع غرري، لا بما ذكره من أنَّ شرطه غرري، وهو باطل، وبطلانه يوجب بطلان البيع من باب أنَّ الشرط الفاسد مفسد، فتدبَّر.

❑ مسألة: يبطل العقد اذا لم تحدد المدة

٦٥١ ـ **قوله**: **(وبين عدم ذكر المدة أصلاً ...الخ)**[2].

أقول: هذا إذا أراد المدة ولم يذكرها، وأما لو أراد الدوام فالظاهر الصحة لعدم الغرر حينئذٍ؛ فله الخيار أبداً إلا أنْ يسقطه بأحد المسقطات؛ فيكون كما لو كان

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١١٦.

العقد جايزاً من الاصل، ولو أراد اثبات الخيار في الجملة ـ بمعنى إرادة طبيعة الخيار ـ فالظاهر أيضاً الصحة وينقضي بمضي زمان يمكن فيه الفسخ؛ فهو كأن يقول «على أنْ يكون لي الخيار فوراً» فتدبَّر.

٦٥٢ ـ **قوله ﷺ: (في الصورة الأولى ...الخ)**[١].

أقول: يعني من الصورتين الأخيرتين، وإلا فذكر صوراً ثلاثة، وليس مراد الجماعة أوليها.

٦٥٣ ـ **قوله ﷺ: (وأوله بارادة ...الخ)**[٢].

أقول: هذا التأويل بعيد غايته، بل قطعي العدم.

٦٥٤ ـ **قوله ﷺ: (بعض المعاصرين ...الخ)**[٣].

أقول: هو صاحب الجواهر[٤].

٦٥٥ ـ **قوله ﷺ: (كخيار الحيوان ...الخ)**[٥].

أقول: الفرق واضح؛ إذ في خيار الحيوان لا يكون البيع الصادر منهما غررياً؛ إذ لم يشترط الخيار أصلاً، وإنَّما حكم به الشارع قهراً، بخلاف المقام فانهما جعلا الخيار مدة مجهولة فيكون غرراً في الشرط، ويسري إلى أصل البيع؛ لأنَّ للشرط قسطاً من الثمن، فاذا كان مجهولاً يكون الثمن مجهولاً.

٦٥٦ ـ **قوله ﷺ: (فانْ ثبت بالدليل كان مخصصاً ...الخ)**[٦].

أقول: يمكن أنْ يقال إنَّ البيع وإنْ كان غررياً من حيث هو، وكان مقتضى القاعدة بطلانه إلا أنَّه إذا حكم الشارع بكون الحد ثلاثة يخرج عن الغرر؛ لأنَّ كونه غرراً

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١١٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١١٧.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٣٤.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ١١٧.
(٦) كتاب المكاسب ٥: ١١٨.

إنّما هو من جهة احتمال الزيادة والنقصان، فمع التحديد الشرعي يرتفع الاحتمال؛ فيكون من باب التخصيص، وبعبارة أخرى البيع غرري بشرط عدم تحديد الشارع، ومع قطع النظر عنه، وأما بملاحظته فلا يكون غررياً، نعم المتبايعان أقدما على الغرر، لكن لم يحصل ما أقدما عليه بسبب حكم الشارع، فالتخصيص إنّما يتصوّر إذا حكم الشارع بالصحة من دون تحديد، نعم هذا التخصص في حكم التخصيص في احتياجه إلى الدليل، لكن بعد وروده لا يكون تصرفاً في العام، وإنّما يثمر كونه تخصصاً في مقام دوران الأمر بينه وبين ارتكاب خلاف ظاهر آخر، فانّه يقدم على ذلك الآخر من جهة أنّه ليس طرحاً لظاهر محقق، فتدبّر.

٦٥٧ ـ قوله ﴿ﷺ﴾: (أو يكون حكماً شرعياً ...الخ)(١).

أقول: هذا إما عطف على قوله (كان مخصصاً) أو عطف على قوله (كان التحديد) وعلى أي حال لا فرق بينه وبين ما عطف عليه في المعنى حتى يصح الترديد بينهما، فالأولى اسقاطه من البين، ولا يصح أنْ يكون إشارة إلى ما في الجواهر حيث قال (إنّ التخصيص بالثلاثة إما لانصراف الاطلاق إليها عرفاً؛ لكونها أقل مدة يتروّى بها في مثله، والشرع كاشف، أو لتعيين الشارع، والشرط سبب لا مناطاً كالوصايا المبهمة)(٢) انتهى. وذلك لعدم احتمال العبارة لافادة هذا المعنى الذي يقول صاحب الجواهر كما لا يخفىٰ.

٦٥٨ ـ قوله ﴿ﷺ﴾: (على اجتهاده في دلالة ...الخ)(٣).

أقول: وذلك بأنْ يقال كما قيل إنّ قوله ﷺ (الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط)(٤) يدل بالفحوى على أنّ الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراط الخيار وإنْ لم يشترط الثلاثة، وليس المراد أنّ الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراطها؛ إذ لا اختصاص بها، فانّه يصح اشتراط أي عدد شاء، فالمختص بها

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٨.
(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٣٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١١٨.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ١.

حينئذٍ اطلاق اشتراط الخيار، وأنت خبير بما فيه.

أو يقال إنّ التحديد بالثلاثة لتدارك احتمال الضرر على المشتري، فيكشف عن كونه حداً شرعياً في سائر المقامات، وفيه ما فيه.

٦٥٩ ـ **قوله ﷺ: (وفي دلالته فضلاً ...الخ)**[١].

أقول: أما الثاني فواضح، وأما الأول فلاحتمال كون المراد قل لا خديعة وأنّ لك الخيار ثلاثاً، يعني اجعل لنفسك الخيار، بل في التذكرة[٢] أنّ «لا خلابة» عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثاً، فاطلاقها مع العلم بها كالتصريح.

٦٦٠ ـ **قوله ﷺ: (في الخروج عن قاعدة الغرر ...الخ)**[٣].

أقول: العمدة في الاشكال عدم كفايتها في اثبات أصل التحديد المذكور، وإلا فأمر قاعدة الغرر سهل؛ لما عرفت من أنّه على فرض الثبوت لا يكون تخصيصاً لها، بل تخصصاً، فتدبّر.

٦٦١ ـ **قوله ﷺ: (يوجب كون البيع غررياً ...الخ)**[٤].

أقول: فانْ قلت إذا فرض بطلان الشرط فلا يبقى التزام به حتى يسري الغرر منه إلى البيع، خصوصاً لو كان الدليل على البطلان غير قاعدة الغرر، كالاخبار الدالة على اعتبار معلومية الأجل، فيصح أنْ يقال إنّه مبني على كون الشرط الفاسد مفسداً أم لا.

قلت: إنّ الموجب للغرر في البيع وجود الشرط في مقام الانشاء، والبطلان الشرعي لا يرفع الموضوع من البين، فالغرر في البيع حاصل وإنْ لم يجب الوفاء بالشرط، مع أنّ الدليل على بطلان الشرط إذا كان قاعدة الغرر ـ بدعوى جريانها في الشروط أيضاً ـ فنقول إنّه متساوي النسبة إلى البيع والشرط، فلا يتقدم الشرط في

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١١٩.
(٢) التذكرة ١١: ٤٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١١٩.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١١٩.

الفساد حتى يبقى البيع بلا غرر.

والحاصل: أنّ عدم ذكر الأجل يوجب كون الشرط غررياً، وكون البيع أيضاً غررياً؛ فهما موضوعان غرريان، وقاعدة الغرر تدل على بطلان الموضوع الغرري، فبطلان العقد والشرط في عرض واحد.

إلا أنْ يقال: إنّ غرر البيع إذا كان من قبل غرر الشرط فالمشمول للقاعدة أولاً الشرط ومنه يسري الفساد إلى البيع، فاذا فرض أنّ بطلان الشرط يستلزم رفع الغرر عن البيع فلا يبقى وجه لبطلانه إلا قاعدة مفسدية الشرط الفاسد بناءً على القول بها، فالعمدة في الجواب هو الوجه الأول، وهو أنّ الفساد الشرعي لا يستلزم رفع موضوع الشرط، وهو الموجب للغرر فتدبّر فان الالتزام الذي لا أثر له يكون بحكم عدم الالتزام، فيكون كما لو لم يُذكر خيارٌ أصلاً، فتأمّل.

❑ مبدأ خيار الشرط

٦٦٢ ـ **قوله** ﷺ: **(ولو جعل مبدؤه** ...الخ)[1].

أقول: أي مبدأ خيار الشرط، ويحتمل أنْ يرجع الضمير إلى خيار الحيوان، ولا يتفاوت أصل المطلب كما لا يخفى.

٦٦٣ ـ **قوله** ﷺ: **(إلى جهالة مدة الخيار** ...الخ)[2].

أقول: هذا إذا قال «لي الخيار من حين التفرّق إلى يوم الجمعة» مثلاً فانّ الجهل بزمان التفرّق يوجب الجهل بمقدار الخيار، وأما إذا قال «لي الخيار من حين التفرّق إلى ثلاثة أيام» فيرجع إلى الجهل بوقت الخيار لا بمقدار مدته؛ لأنه معلوم أنّه ثلاثة أيام مثلاً.

٦٦٤ ـ **قوله** ﷺ: **(حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما** ...الخ)[3].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٢٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٢١.

أقول: ويمكن أنْ يقال إنَّ مبدأه من حين انقضاء الخيار، لا من جهة الانصراف، بل من جهة عدم امكان تأثير الشرط في زمان وجود خيار آخر، ومعه لا اشكال أصلاً، لا من حيث الجهل، ولا من حيث مخالفة القصد؛ إذ المدار في الجهل والعلم على جعل المتعاقدين، وهو معلوم القدر فرضاً، والمانع من التأثير قهري، والجهل بمقدار ما أثر من الجعل لا يوجب الغرر.

إلا أنَّ الشأن في تمامية هذه الدعوى، فانا نقول لا مانع من الاجتماع الخيارين سواء كانا شرعيين أو جعليين أو مختلفين.

❑ مسألة: لو جعل الخيار للأجنبي

٦٦٥ ـ **قوله** ﴿: **(واجتمعا على فسخ أو امضاء ...الخ)**(١).

أقول: يمكن أنْ يكون مراده كون الخيار لمجموعهما، ولكنه خلاف الظاهر؛ إذ هو بمنزلة اللغو؛ لأنَّ مرجعه إلى الاقالة، فالظاهر أنَّ المراد كون الخيار لكل منهما، وحينئذٍ معنى قوله «نفذ» نفوذ كل من الفسخ والامضاء، ومعنى قوله «بطل» بطلان البيع، ويكون المراد من عدم اجتماعهما اختلافهما في الفسخ والامضاء، فيرجع إلى تقديم الفاسخ، ويبقى الاشكال في قوله (وإنْ لم يرضَ ...الخ) إذ مقتضى كون الخيار للأجنبي كون الامر بيده فلا معنى لكون الامر بيد المبتاع مع فرض فسخه.

ويمكن أنْ يكون الوسيلة جعل شرط الخيار للأجنبي من باب التوكيل، ولازمه كون الموكل أيضاً ذا خيار، فيكون الأمر بيده، لكنه أيضاً لا يتم مع فسخ الوكيل، إلا أنْ يكون مراده من عدم الرضا عدم الامضاء لا الفسخ، وحينئذٍ فمع كونه من باب التوكيل لا التحكيم يتم المطلب، فتأمّل.

٦٦٦ ـ **قوله** ﴿: **(فتعليل وجواب ...الخ)**(٢).

أقول: إنْ قلنا إنّه من باب التوكيل فلا اشكال في وجوب مراعاة الأصلح، وإنْ قلنا

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٢٣.

بقوله تحكيماً فالمقامات مختلفة، فقد يكون المقصود جعل الأمر بيد الأجنبي بحيث يكون صاحب حق، وحينئذٍ لا يجب عليه مراعاة المصلحة، وقد يكون المقصود جعل الأمر إليه بشرط مراعاتها، وهذا هو الغالب الوقوع؛ إذ لا داعي غالب إلى جعل الخيار للاجنبي من حيث هو.

ثم لا يخفىٰ أنَّ جعل الخيار للاجنبي إذا كان من باب التوكيل فقد يكون على وجه يكون للموكل أيضاً خيار، وقد يكون لخصوص الوكيل، ومعنى كونه وكيلاً أنَّ له خيار عن فلان ولا يلزم أنْ يكون للموكل أيضاً، فانَّ خيار الوكيل خيار للموكل بلسان الوكيل وباختياره، والثمرة بين التحكيم والتوكيل ـ مضافاً إلى وجوب مراعاة المصلحة على الثاني دون الأول؛ حيث يختلف المقامات ـ أنَّه لو مات الوكيل يبطل خياره، ولو مات الحاكم ينتقل إلى وارثه، وأيضاً يجوز عزل الوكيل فيبطل الخيار، ولا يجوز عزل الحاكم.

نعم لو قال بناءً على التحكيم «أسقطت حقي من اشتراط كون الخيار للاجنبي» فهل يبطل خياره أو لا ؟ وجهان، من أنَّه حق للشارط فيسقط باسقاطه، ومن أنَّه بمجرد الشرط حصل للأجنبي أيضاً حق، ولا يسقط حقه باسقاط المشروط له حق شرطه لمضي الأمر بمجرد إجراء الصيغة.

والحق السقوط بالاسقاط؛ لأنَّ شرطه كون الاجنبي ذا خيار فخيار الاجنبي حق للمشروط له، فكما يجوز اسقاط حق خيار نفسه لو جعله لنفسه، فكذا في الاجنبي، وليس الشرط حدوث الخيار للاجنبي، بل دوامه فيكون كخيار نفسه في جواز اسقاطه، ولا يضر سقوط حق الاجنبي أيضاً من غير اختياره، كما أنَّه يجوز للاجنبي اسقاطه فيسقط حق المشروط له أيضاً قهراً عليه، هذا إذا كان الشرط لأحدهما على الآخر.

وأما إذا كان لهما كان اشترط كل منهما على الآخر كون الخيار لزيد فلا يسقط خياره إلا باسقاطهما معاً.

ثم هل يحتاج في جعل الخيار للاجنبي إلى قبوله أو لا ؟ وجهان: أقواهما عدم

الحاجة؛ لعدم كونه طرفاً للعقد، إلا أنْ يقال إنَّه كما لا يصح جعل الغير مالكاً لشيء إلا برضاه كذلك لا يصح جعله ذا حق بغير رضاه، وهو ممنوع حتى في الملك أيضاً، فانَّه يصح الوقف أو الوصية للعنوان الذي ينطبق عليه من دون رضاه، كما لو أوصى لعالم البلد مثلاً، فتأمّل فانَّ الظاهر أنَّه يحتاج إلى القبول منه أو من الحاكم الشرعي، فتدبَّر.

ثم إنَّه لا بدَّ في صورة جعل الخيار للاجنبي أيضاً من تعيين المدة، وأيضاً لا بدَّ من تعيين ذلك الاجنبي، فلو جعل الخيار لأحد الشخصين بطل.

❑ شرط الاستيمار للأجنبي

٦٦٧ ـ **قوله**ﷺ: **(يجوز لهما اشتراط** ...الخ)[1].

أقول: هذا يتصوّر على وجهين:

أحدهما: أنْ يجعل الخيار لنفسه ويشترط الآخر عليه أنْ لا يختار أحد الأمرين من الفسخ أو الامضاء إلا بتعيين المستأمَر ـ بالفتح ـ.

الثاني: أنْ يكون خياره على تقدير أمر المستأمَر ـ بالفتح ـ وعلى هذا التقدير إما أنْ يكون شرط الاستيمار لأحدهما على الآخر، أو يكون لكل منهما على الآخر، ففي الصورة الأولى إذا فسخ قبل أمر المستأمر يكون صحيحاً؛ لأنَّ المفروض ثبوت الخيار له، غاية الأمر أنَّه خالف ما اشترط عليه من كونه بعد تعيينه، بل لو أمر بالامضاء فخالف وفسخ كان ذلك.

وعلى تقدير أمره بالفسخ يجب عليه الفسخ إذا كان الشرط للآخر عليه إذا طالبه بذلك، وكذا إذا أمره بالامضاء يجب عليه العمل به، فلو خالف كان للآخر خيار تخلّف الشرط، وفي الصورة الثانية لو أمره بالامضاء فلا خيار له، ولو أمر بالفسخ يثبت له ملك الفسخ، فانْ كان هو المشروط له فلا يجب عليه، وإنْ كان المشروط له الآخر وطالبه بالفسخ وجب عليه، ولو خالف يكون للآخر خيار تخلّف الشرط.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢٥.

ولو فسخ قبل أمر المستأمر أو بعد أمره بالامضاء لا يؤثر الفسخ شيئاً؛ لعدم الخيار إلا على تقدير أمره بالفسخ، هذا.

ولكن يشكل هذه الصورة بأنّ لازمها كون الخيار معلّقاً على أمر المستأمر، والتعليق مبطل؛ لكونه بمنزلة ما لو قال بشرط أنْ يكون لي الخيار إنْ قدم الحاج، أو إنْ جاء زيد، مع أنّ هذا ظاهر كلام الفقهاء لا الصورة الأولى.

٦٦٨ ـ قوله ﷺ: (فمعناه سلطنة صاحبه ...الخ)[١].

أقول: هذا ممنوع، بل معناه سلطنة صاحبه على إجازة بالفسخ، ولو لم يفسخ كان له خيار تخلف الشرط كما عرفت.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢٥.

❑ بيع الخيار

٦٦٩ـ **قوله عليه السلام: (لا بأس بهذا إن جاء ...الخ)**[١].

أقول: هذه الرواية محتملة لجميع الاحتمالات الخمسة، والمصنف جعلها ظاهرة في الثالث أو الخامس، قلت ويحتمل أنْ يكون المراد بيع الدار عليه إذا جاء بثمنها، أي بقيمتها، بأنْ لا يكون المراد الثمن في البيع الأول، ثم إنَّ الظاهر منها إرادة الاحتمال الثاني؛ بأنْ يكون المراد ثبوت الخيار من أول السنة إلى آخرها بشرط أنْ يكون الفسخ مقيداً برد الثمن على ما هو المتعارف بين الناس، وهو الظاهر من عناوين الفقهاء؛ إذ هذا الخيار هو خيار الشرط، لكن بقيد أنْ يكون الفسخ بعد رد الثمن، كما إذا قيل بشرط أنْ يكون لك الخيار بشرط أنْ تفسخ في حضوري أو حضور زيد مثلاً، فالخيار مستمر لكن على هذا الوجه.

ثم إنَّ الفقرة الأخيرة من الرواية كالرواية التي بعدها دليل على قاعدة كون الخراج في مقابل الضمان، بمعنى أنَّ من كان عليه الغرم فله الغنم، لكن هذه القاعدة لا تحتاج إلى دليل؛ إذ مفادها مقتضى قاعدة الملكية، فتدبَّر.

هذا، وأما الرواية الثانية فهي ظاهرة في الاحتمال الرابع، وأما الثالثة فهي كالأولى، وأما الرواية الرابعة فهي كالثانية، ويحتمل كون المراد منها خيار الاشتراط، يعني إنْ وفى بما اشترطت عليه فالبيع له، أي لازم عليك، وإنْ خالف شرطك فالبيع لك، يعني لك الخيار، فقوله عليه السلام (إنْ أتاك بمالك)[٢] أي بما جعل لك من الشرط كخياطة الثوب مثلاً.

٦٧٠ـ **قوله قدس سره: (يتصوّر على وجوه ...الخ)**[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٢٨.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب الخيار، ح ٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٢٩.

أقول: وهنا وجه سادس، وهو ما أشرنا إليه من اشتراط بيعه عليه إذا جاء بمقدار الثمن، وسابع وهو أنْ يجعل له الخيار طول المدة، ولكن يشترط عليه أنْ لا يفسخ إلا بعد الرد، فلو خالف وفسخ قبل الرد ففي التأثير وجهان، وثامن وهو أنْ يجعل الخيار في رأس المدة بشرط رد الثمن.

٦٧١ ـ **قوله**ﷺ: (**والأظهر في كثير** ...الخ)[1].

أقول: وهو الأنسب بعنوانه في المقام، إذ قد عرفت أنّه خيار الشرط المصطلح إلا أنّ الفسخ فيه ليس مطلقاً، بل هو مقيد برد الثمن، كما إذا قيد بقيد آخر من كونه في المسجد أو عند الحاكم أو بحضرة المشتري أو نحو ذلك.

٦٧٢ ـ **قوله**ﷺ: (**بكل من الوجوه الخمسة** ...الخ)[2].

أقول: في الوجه الأول اشكال، وهو جهالة زمانه؛ إذ هو من قبيل ما لو قيل بشرط أنْ يكون لك الخيار إنْ قدم الحاج، أو إنْ جاء زيد، وهذا أشكل من الوجه الرابع، إذ يمكن دفع الاشكال عنه بأنّ الشرط يكفي في سببيته للفسخ، ولا حاجة إلى سبب آخر، وذلك كما في الملكية فانّها أيضاً يكفي فيها نفس الشرط، وسيأتي[3] أنّ مقتضى القاعدة ـ بمعنى عموم دليل الشروط ـ صحة شرط النتيجة كلية إلا إذا ثبت كون المورد محتاجاً إلى سبب خاص كالطلاق والنكاح والبيع.

والحاصل: أنّه كما يصح أنْ يقول «بعتك بشرط أنْ يكون مالك الفلاني لي» كذلك يصح أنْ يقول «بشرط أنْ يكون بيعك الفلاني منفسخاً».

نعم يبقى اشكال كونه معلّقاً على الرد، وهذا مشترك الورود بين الأول والرابع؛ إذ على الأول أيضاً يكون الخيار معلّقاً على الرد، والظاهر عدم المانع من مثل هذا التعليق في الشروط؛ إذ العمدة في دليل منعه الاجماع المفقود في أمثال المقام.

ثم إنّ الفرق بين الوجه الثالث والرابع أنّه على الثالث يكون الشرط كون الرد

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣١.

(٣) ج ٣ تعليقة ٤٤٦.

سبباً للفسخ، وعلى الرابع كون المعاملة منفسخةً عند الرد، لا أنْ يكون الرد سبباً، وحينئذٍ يشكل بأنّه لا معنى لكون الرد من حيث هو سبباً إلا أنْ يكون المراد جعله سبباً بقصد انشاء الفسخ به، وهو خلاف ظاهر الشرط، فانَّ ظاهره كون مجرد الرد سبباً، ومعه يكون أشكل من الوجه الرابع؛ إذ يصير كما لو جعل النظر في المرآة سبباً للفسخ وإنْ لم يقصد به انشاءه، ومن المعلوم بطلانه.

والظاهر أنَّ نظر المصنف إلى جعله سبباً بأنْ يقصد انشاء الفسخ به كما يظهر منه في الامر الثالث الذي سيجيء، وحينئذٍ فلو ردَّ لا بهذا القصد، بل بأنْ يفسخ بعده يلزم عدم كفايته.

٦٧٣ ـ **قوله ﴿ره﴾: (ويحتمل العدم ...الخ)**[1].

أقول: يعني ويحتمل عدم الخيار مع عدم القبض؛ لأنَّ المشروط إذا كان رد الثمن فلازمه مشروطية القبض أيضاً قبله، فلم يحصل شرط الخيار، وهو الرد المسبوق بالقبض.

أقول: المسألة مبنية على أنَّ الرد هل هو معتبر من باب الموضوعية أو من باب الطريقية لوصول الثمن إلى المشتري؟ أي حصوله عنده؟ فعلى الأول لا خيار لعدم تحقق شرطه، وهو الرد المسبوق بالقبض، لا لاشتراط القبض قبله كما بيّنه المصنف، بل لعدم تحقق الموضوع حينئذٍ، وعلى الثاني فله الخيار؛ لأنَّ المفروض حصول الثمن عنده، والغالب في أنظار العرف هو الطريقية؛ إذ لا غرض لهم في تحقق موضوع الرد بما هو رد.

٦٧٤ ـ **قوله ﴿ره﴾: (على اشكال في الأخير ...الخ)**[2].

أقول: لا اشكال في الفساد حينئذٍ؛ إذ لا يعقل الفسخ مع كون العين باقية إلا برد نفس العين، إلا مع معاملة جديدة، والمفروض عدمها.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٢.

٦٧٥ ـ **قوله**ﷺ: **(فالظاهر عدم الخيار ...الخ)**[١].

أقول: بل ينبغي القطع بالعدم؛ إذ مع فرض اشتراط الفسخ برد نفس العين كيف يعقل بقاء الخيار مع تلفها سواء كان التلف بفعل البائع أو المشتري أو الاجنبي أو الآفة السماوية؟!

٦٧٦ ـ **قوله**ﷺ: **(أنّه لا يكفي مجرد الرد ...الخ)**[٢].

أقول: الظاهر أنّ مراد القائل أنّ الرد من غير قصد الانشاء لا يكفي، لا أنّ الفسخ الفعلي لا يكفي، وهو كما يقول، فمع فرض قصد انشاء الفسخ بالرد لا اشكال عنده في كفايته، فحاصل غرضه أنّ المسألة عند الاصحاب ليست من باب شرط حصول الانفساخ عند الرد، ولا من باب شرط سببية الرد في الفسخ وإنْ لم يقصد به انشاء الفسخ، بل من باب شرط الخيار على أنْ يكون الفسخ عند الرد وإنْ كان انشاؤه بنفس الرد، بأنْ يكون فسخاً فعلياً بأنْ قصد به الفسخ.

٦٧٧ ـ **قوله**ﷺ: **(مع أنّ ظاهر الاخبار ...الخ)**[٣].

أقول: نعم، ولكن كون الرد فسخاً فعلياً غير ظاهر من الأخبار، فيحتمل كونه من باب الانفساخ، ويحتمل كونه كناية عن انشاء الفسخ ولو بالقول بعد الرد أو حينه، فتأمّل.

٦٧٨ ـ **قوله**ﷺ: **(على الوجه الثاني من الوجهين ...الخ)**[٤].

أقول: لم أفهم وجه التخصيص بالوجهين، فانّ الظاهر جواز الاسقاط على جميع الوجوه الخمسة، غاية الأمر أنّ في بعضها لا يكون من اشتراط الخيار كما على الوجه الخامس، بل الرابع أيضاً، ولكن يجوز اسقاط حق الشرط، فلا ينفسخ بالرد، ولا يجب الاقالة به، وأما على الوجه الثالث فهو من اشتراط الخيار، ويجوز

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٣.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٣٤.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٣٥.

اسقاطه بعنوان اسقاط الخيار أيضاً، ومنه يظهر أنّه لا يندفع الاشكال عنه، ولو كان مراده الاسقاط بعنوان اسقاط الخيار؛ إذ الوجه الثالث كذلك غاية الأمر أنّه اشترط أنْ يكون الفسخ بنفس الرد.

٦٧٩ ـ **قوله:(بخلاف ما في التذكرة ...الخ)**[1].

أقول: الفرق صحيح، إلا أنّه غير فارق، والتحقيق جواز الاسقاط حتى في مورد كلام التذكرة؛ إذ لا مانع منه إلا كونه اسقاطاً لما لم يجب، والقدر المسلّم من كونه باطلاً ـ كما ذكرنا مراراً ـ ما إذا أنشأ الاسقاط في غير محل الثبوت، كأنْ يقول «أسقطت خياري الآن» والمفروض عدم الخيار له إلا بعد ذلك، وأما إذا أنشأ سقوطه في محل ثبوته فلا مانع منه إلا الاجماع، والقدر المسلّم منه ما إذا لم يوجد المقتضي له أيضاً، كأنْ يقول «أسقطت الخيار في العقد الذي أو جده بعد ذلك» وأما إذا أوجد المقتضي ـ كما فيما نحن فيه ـ فلا اجماع، ولا يكون مانع عقلي أيضاً بالفرض، وكونه تعليقاً لا يضر أيضاً؛ إذ دليل بطلانه منحصر في الاجماع المفقود في المقام وأمثاله.

٦٨٠ ـ **قوله:(ويسقط أيضاًبانقضاء ...الخ)**[2].

أقول: من غير فرق بين كونه مختاراً أو مضطراً ملتفتاً أو غافلاً أو متخيلاً بقاء الوقت؛ حتى لو أكرهه المُكْرِه على ترك الرد فانّه يسقط خياره أيضاً إذا انقضى الزمان المضروب، ورفع حكم الاكراه لا يثمر في المقام على ما بيّنا سابقاً في خيار المجلس[3].

بل أقول: لو كان مغروراً من قِبَل المشتري كأنْ يقول له الوقت بعدُ باقٍ فترك الرد اعتماداً على قوله أيضاً يسقط خياره، نعم لو أتى بالثمن فلم يقبل المشتري، أو غاب عنه أو نحو ذلك له الفسخ، لكن لو لم يفسخ مع ذلك أيضاً قبل انقضاء المدة

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٥.
(٣) تعليقة ٥٩١.

ليسقط خياره، إلا إذا كان المشروط كون الفسخ بنفس الرد، فانَّه يكفي احضاره الثمن عند حاكم الشرع إذا لم يكن له ولي أو وكيل.

والحاصل: أنَّ المانع إنْ كان من قبل البائع فالخيار يسقط بترك الرد إلى الانقضاء، وإنْ كان من قبل المشتري بأنْ امتنع من الأخذ أو غاب عمداً أو كان مسافراً ولم يكن له وكيل في البلد الذي يجب كون التسليم فيه فللبائع الاحضار عند الحاكم والفسخ أو ليحصل الانفساخ، ومع ترك ذلك حتى انقضت المدة يسقط خياره، وسيأتي تمام الكلام عند تعرّض المصنف.

٦٨١ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو ظهر معيباً كفى** ...الخ)[١].

أقول: الظاهر أنَّ مراده إنَّما هو فيما لو قَبِلَ المشتري ورضي بتخيّل الصحة، ثم بان كونه معيباً ولو بعد انقضاء المدة، فانَّ الفسخ صحيح، وله الاستبدال، وإلا فلو فرض أنَّه أتى بالمعيب من الجنس وأراد الفسخ فليس له الزام المشتري بالقبول، فله الامتناع من الأخذ لئلا يتمكن من الفسخ؛ وذلك لأنَّ له المطالبة بالفرد الصحيح من جهة كونه كالشرط الضمني في شرط الفسخ برد مثل الثمن، ومن ذلك يمكن الاشكال في الصورة الأولى أيضاً، فانَّ المشتري وإنْ كان قبضه ورضي به، لكن لما كان بتخيّل أنَّه مطابق لحقه فبان الخلاف ـ والمفروض عدم رضاه به بعد ذلك ـ فيكون كما لو لم يأخذ، نظير ما إذا تبيّن كونه من غير الجنس.

فانْ قلت: المفروض أنَّ المعيب أيضاً فرد من الكلي، فمع قبضه يحصل الشرط ويصح الفسخ، وجواز المطالبة بالبدل لا ينافي ذلك، والسر فيه أنَّ اعتبار وصف الصحة إنَّما هو من باب تعدد المطلوب، وهذا هو الفارق بينه وبين غير الجنس، ولذا نقول بصحة بيع الصرف إذا كان الفرد المقبوض معيباً، غاية الأمر أنَّ له الاستبدال وإنْ كان بعد التفرّق.

قلت: نعم، المعيب فرد، ويكفي قبضه عن قبض الكلي، إلا أنَّه مختص بما إذا كان لقبض الطرف الآخر دخل في تعينه، كما في الصرف وغيره من أفراد البيع

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٥.

الكلي، دون مثل المقام الذي قبض المشتري له وعدمه ليس مناطاً في الحكم؛ لأنَّ المدار على اتيان البائع للثمن سواء قبضه المشتري أم لا، فانَّ خياره ليس منوطاً بقبضه، بل بمجرد الاتيان يفسخ، ويصير المردود ملكاً للمشتري، فلو كفى اتيانه للمعيب في فسخه لزم كفايته وإنْ لم يرضَ المشتري أيضاً، فاللازم إما الحكم بكفاية رد المعيب في الصورتين، وإما الحكم بعدم كفايته في الصورتين، هذا.

ولكن التحقيق الفرق بين الصورتين، فانَّه لو لم يرضَ المشتري بالمعيب حين الرد لا يصدق أنَّه ردَّ الثمن؛ لأنَّ المفروض أنَّ له المطالبة بالفرد الصحيح ولو من جهة كونه شرطاً ضمنياً.

وأما لو رضي به حين الرد فانَّه يصدق الرد الذي هو شرط صحة الفسخ، غاية الأمر أنَّ له المطالبة بالبدل ولو بعد انقضاء زمن الخيار، هذا.

ويحتمل بعيداً أنْ يقال: بكفاية رد المعيب في الفسخ وإنْ كان للمشتري الامتناع عن قبوله، فيفسخ ويعطيه فرداً صحيحاً ولو بعد الانقضاء، وذلك لكونه منطبقاً على الكلي الذي علّق الخيار على رده، وجواز امتناع المشتري عن قبوله في مقام أخذ حقه لا دخل له بجواز فسخه؛ ولذا لو كان صحيحاً أيضاً لا يتعين كونه ملكاً للمشتري بعد الفسخ، بل ما لم يقبض يكون طالباً للكلي، ويجوز للبائع أنْ يدفع إليه فرداً آخر، فتدبَّر.

٦٨٢ ـ قوله ﷺ: (أقول: في أصل الاستظهار ...الخ)[1].

أقول: الظاهر من كلام هؤلاء أنَّ نظرهم إلى كون التصرف مسقطاً تعبدياً، لا من باب كونه اسقاطاً فعلياً، وحينئذٍ يصح كلام كل منهم على مذاقه؛ إذ مع فرض مسقطيته تعبداً يمكن دعوىٰ خروج هذا الخيار من جهة ما ذكره المستظهر من دليل المسقطية، ويصح للمصابيح أيضاً دعوىٰ أنَّ التصرف المسقط ما كان في زمان الخيار لا قبله، ويصح للمناقش ـ وهو صاحب الجواهر أيضاً ـ دعوىٰ أنَّ مجموع المدة زمان الخيار، وعلى فرض كون المراد مسقطيته من جهة الالتزام

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٧.

الفعلي أيضاً يصح أنْ يكون نظر المستظهر إلى ما وجهه المصنف من الوجوه الثلاثة أو بعضها، فلا وقع للايراد عليه.

وللمصابيح أيضاً أنْ يقول إنَّ التصرف إنَّما يكشف عن إرادة الالتزام إذا كان في زمان الخيار لا مطلقاً ولو كان قبله، وللمناقش ما ذكره من منع كون الخيار منفصلاً حتى لا يكون التصرف كاشفاً.

٦٨٣ ـ قوله ﷺ: (والظاهر عدم الاشكال ...الخ)(١).

أقول: ظاهره عدم الاشكال حتى في الوجه الأول، وإلا لم يكن فرق بينه وبين ايراد الثاني، فقوله (هذا مع أنَّ حدوث الخيار ...الخ) مع أنَّه استشكل فيه سابقاً ويستشكل فيه لاحقاً بعد أربعة أسطر.

٦٨٤ ـ قوله ﷺ: (ففيه أنَّها لا تقدح ...الخ)(٢).

أقول: يعني يكفي في رفع الغرر كون زمان التسلّط على الرد معلوماً محدوداً، وإنْ لم يكن زمان الخيار معلوماً؛ لكونه معلّقاً على الرد المجهول زمان تحققه، ووجه عدم الغرر حينئذٍ أنَّ أمر الرد بيده، فأمر الخيار أيضاً بيده، ولا يتفاوت كون الزمان زمان الخيار أو زمان إيجاد الخيار بايجاد سببه، وهو الرد.

ومن هذا البيان يظهر الفرق بينه وبين ما في التذكرة؛ وذلك لأنَّ أمر التفرّق المحدث للخيار ليس بيده، فجهالة زمان حدوث الخيار فيه قادحة دون ما نحن فيه، هذا.

ولكن لازم ما ذكره جواز تعليق الخيار على كل ما كان أمره بيده مع تحديد مدة ذلك الأمر، كأنْ يقول «بشرط أنْ يكون لي الخيار إنْ صليت في المسجد أو أكرمت زيداً أو نحو ذلك إلى سنة» والالتزام به مشكل، مع أنَّ أمر الرد وإنْ كان بيده إلا أنَّه قد يعجز عنه أو يمنعه مانع، فيكون كالتعليق على ما ليس بيده.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٨.

٦٨٥ ـ **قوله** ﷺ: **(وأما الاستشهاد ...الخ)**[١].

أقول: غرض المستشهد أنّ العرف يفهم من العبارة المتعارفة بين الناس في مقام انشاء هذا الشرط تحقق الخيار في مجموع المدة.

٦٨٦ ـ **قوله** ﷺ: **(كما لا يبعد عن اطلاق ...الخ)**[٢].

أقول: بل هو بعيد عنه وعن اطلاق الاخبار أيضاً فراجع.

٦٨٧ ـ **قوله** ﷺ: **(والظاهر عدم سقوط ...الخ)**[٣].

أقول: قال في الجواهر (وكما أنّ النماء له ـ أي للمشتري ـ فالتلف منه بلا خلاف للصحيح والموثق، بل هو كذلك وإنْ كان بعد الرد إلا أنّه مضمون عليه؛ لأنّه وقع في زمن خيار البائع فله حينئذٍ الفسخ، ثم الرجوع إلى المثل أو القيمة، بخلاف التلف قبل الرد الذي ليس زمن خيار كي يستحق الرجوع عليه، بل المتجه سقوط الخيار)[٤] انتهى.

قلت: يظهر منه الفرق في الرجوع إلى البدل وعدمه بين التلف بعد الرد وقبله؛ لمكان قاعدة التلف في زمن الخيار، وأنّ هذه القاعدة جارية فيما انتقل عن ذي الخيار أيضاً كالمبيع فيما نحن فيه؛ حيث إنّه منتقل عن البائع الذي له الخيار إلى المشتري، فمقتضى هذه القاعدة كون الضمان على المشتري، وأيضاً يظهر منه أنّ مقتضى هذه القاعدة فسخ ذي الخيار والرجوع إلى البدل، وفي كلامه نظر من وجوه:

الاول: مقتضى المناقشة المنقولة عنه في السابق كون ما قبل الرد أيضاً زمان الخيار، استظهر كون الخيار في مجموع المدة.

الثاني: أنّ قاعدة التلف في زمن الخيار مختصة بما انتقل إلى ذي الخيار مثل الثمن فيما نحن فيه؛ حيث إن مقتضى ملكية البائع له كون الضمان عليه، وهذه

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٣٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٣٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٣٩.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٣٩.

القاعدة مقتضية كونه على المشتري، وكالمبيع في زمان خيار المشتري كما في خيار الحيوان، وأما مثل المبيع فيما نحن فيه فكون ضمانه على المشتري إنّما هو بمقتضى القاعدة، وبعبارة أخرى هذه القاعدة كما يظهر من أخبارها جارية في مورد مخالفة القاعدة الاولية لا مطلقاً.

الثالث: أنّ مقتضى جريانها حصول الانفساخ كما في قاعدة التلف قبل القبض، لا خيار الفسخ، فلازم جريانها في المقام انفساخ المعاملة، لا خيار البائع في الفسخ كما ظهر منه في المقام.

وقد صرح بما ذكرنا في أحكام الخيار[1]، فجعل المراد من القاعدة الانفساخ ولم يجعلها شاملة للمبيع فيما كان الخيار للبائع، وقال ببقاء خياره مع التلف في زمن الخيار من حيث إنّه غير معلق على بقاء العين، ولازمه بقاؤه لو تلف قبل الرد أيضاً، قال (مع فرض أنّ الخيار للمشتري خاصة كان تلفه من البائع)، والمراد به انفساخ العقد به كالتلف قبل القبض ؛ لاتحادهما في لفظ الدليل المفهوم منه ذلك، ومع فرض أنّ الخيار للبائع خاصة كان التلف من المشتري؛ أي لا ينفسخ العقد كما هو مقتضى القواعد؛ لأنّه ملكه وقد تلف في يده، إلا أنّه يبقى مع ذلك خيار البائع على حسب ما ذكرنا، وأشار به إلى ما ذكره سابقاً بأسطر حيث قال (نعم لا ينافي ذلك بقاء الخيار فيها للبائع كما صرح به جماعة منهم الفاضل والكركي، بل لا خلاف أجده فيه؛ للأصل وعدم اشتراط بقاء الخيار ببقاء العين، بل الثابت خلافه؛ فله الفسخ حينئذٍ والمطالبة بالمثل أوالقيمة)[2] انتهى ملخصاً، وهذا منه كما ترى موافق للقاعدة، بخلاف ما ذكره في المقام حسبما عرفت.

وكيف كان فالتحقيق ما ذكره المصنف من عدم الفرق بين ما قبل الرد وما بعده في عدم سقوط الخيار أو سقوطه بناءً على الوجهين من إرادة ارتجاع نفس المبيع أو الاعم منه ومن بدله.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٨٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٨٧.

والحق الاحالة على اختلاف الموارد، فانَّه قد يكون الغرض متعلقاً بنفس العين، وقد يكون متعلقاً بالقيمة، فلا بدَّ من ملاحظة ما يفهم في خصوصيات الموارد من الفاظ المتعاقدين في مقام ذكر الشرط، وعلى أي حال فلا دخل للمقام بقاعدة التلف في زمن الخيار.

٦٨٨ ـ **قوله**ﵞ: (**ثم إنَّه لا تنافي** ...الخ)[١].

أقول: الظاهر أنَّه دفع لتوهم المنافاة بين ما ذكروه من عدم جواز اتلاف المبيع للمشتري ووجوب ابقائه عليه ليتمكن البائع من الاسترجاع، وبين كون الخيار معلّقاً على بقائه، فانَّه لو كان الخيار على فرض البقاء فلا يكون الابقاء واجباً، نظير عدم وجوب مقدمة وجوب الواجب في التكاليف، ووجه الدفع واضح، بل المطلب لا يحتاج إلى هذا المقدار من البيان أيضاً، فانَّ الابقاء واجب على المشتري، والمعلق على البقاء خيار البائع، ولا مجال لتوهم التنافي بينهما.

نعم، إنَّما يتوهم المنافاة لو كان الابقاء واجباً على من خياره معلق على البقاء، مع أنَّه أيضاً مدفوع بما لا يخفى، فتدبَّر.

٦٨٩ ـ **قوله**ﵞ: (**كما ذكره بعض المعاصرين** ...الخ)[٢].

أقول: هو صاحب الجواهر في البحث عن أحكام الخيار، حيث إنَّه بعد نقل الحاق الثمن أيضاً عن بعض الاعلام قال (وهو من غرائب الكلام؛ ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسر من اخبار اشتراط الخيار برد الثمن أنَّ تلف الثمن من البائع، وأنَّه ملكه وإنْ كان الخيار له ...إلى آخر ما قال)[٣].

٦٩٠ ـ **قوله**ﵞ: (**ولم أعرف وجه الاستظهار** ...الخ)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤٠.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٨٨.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٤٠.

أقول: إنْ قلت لعل نظره إلى أنَّ الرواية دالة على المدعى بضميمة قاعدة الخراج بالضمان؛ حيث دلت على أنَّ نماء الثمن للبائع.

قلت: نعم، ولكن على هذا لا تكون دليلاً في مقابل قاعدة التلف في زمن الخيار؛ إذ هي حاكمة على هذه القاعدة، وغرضه اثبات تخصيصها بهذه الرواية.

والحاصل: أنَّه لو أراد دلالة الرواية في حد نفسها فهي ممنوعة، ولو أراد بضميمة القاعدة فهو مسلم، إلا أنَّها لا تكفي حينئذٍ في تخصيص قاعدة التلف في زمن الخيار كما هو مقصوده.

٦٩١ ـ **قوله ﷺ: (وإنَّما المخالف لها ...الخ)**[1].

أقول: يعني أنَّ المخالف لقاعدة التلف في زمن الخيار قاعدة الخراج بالضمان بضميمة الاجماع على كون النماء للبائع؛ حيث إنَّ مقتضاها كون التلف من البائع الذي له النماء.

قلت: لكنك عرفت حكومة قاعدة التلف في زمن الخيار على هذه القاعدة.

فالتحقيق أنْ يقال: إنَّ قاعدة التلف لا مخصص لها ولو مع الضميمة، وأنَّ كلاً من قاعدة الخراج بالضمان والرواية مخالفة لها مع الضميمة، وغير مخالفة من حيث هو، فانْ كان المراد المخالفة بلا ضميمة فالقاعدة أيضاً غير مخالفة، وإنْ كان مع الضميمة فانْ أريد المخالفة المثمرة فليس شيء منهما كذلك، وإنْ أريد مجرد المخالفة وإنْ لم تكن مثمرة فكل منهما كذلك؛ إذ الرواية أيضاً بضميمة القاعدة مخالفة لقاعدة التلف كما عرفت؛ فلا وجه للعدول عنها إلى جعل الاجماع ضميمة، فتدبَّر.

هذا، ووجه حكومة قاعدة التلف على قاعدة الخراج أنَّ معنى كون التلف على غير ذي الخيار أنَّه ينفسخ البيع قبل التلف آناً ما ليكون التلف في ملك من لا خيار له، ومقتضى قاعدة الخراج أنَّ الضمان على المالك للعين فلا منافاة.

نعم لو أخذنا بعموم قاعدة الخراج وقلنا إنَّ كل من له النماء يكون ضامناً لتلف

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤١.

العين وإنْ لم يكن مالكاً لها كالمستعير والمستأجر والمباح له المنفعة ونحو ذلك خرج ما خرج وبقي الباقي ارتفعت الحكومة، لكن من المعلوم أنّه ليس كذلك؛ إذ لا يستفاد من القاعدة أزيد مما ذكرنا من أنَّ المالك ضامن.

هذا مع امكان دعوىٰ أخصية قاعدة التلف في زمن الخيار من قاعدة الخراج؛ إذ هي مختصة بما إذا تلف مال ذي الخيار في زمان الخيار المختص به، وأنَّ تلفه على من لا خيار له وإنْ لم يكن مالكاً، ولا كان له النماء، وأنّها لا تجري فيما كان التالف مال غير ذي الخيار كما عرفت فهي أخص من قاعدة الخراج مطلقاً، وعلى فرض جريانها فيما لو تلف مال غير ذي الخيار أيضاً يمكن تخصيصها بهذه الصورة، فهي نص في كون ضمان المال على غير مالكه، فلا بدَّ من تخصيص قاعدة الخراج بها، فمع فرض اغماض الحكومة أيضاً نقول بتقديم هذه القاعدة، ويتم ما ذكرنا من عدم مثمرية المخالفة، فتدبَّر.

٦٩٢ ـ قوله ﴿ره﴾: (كما يقتضيه أخبار تلك المسألة ...الخ)[1].

أقول: الحق كما سيجيء عدم جريانها في الخيار المنفصل لقوله ﷺ في بعضها (حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري)[2]؛ إذ في الخيار المنفصل قد حصل المبيع للمشتري؛ أي صار ملكاً مستقراً له في زمان اللزوم، وهو قبل مجيء زمان الخيار، فتدبَّر.

ثم إنَّ الظاهر عدم جريانها فيما كان الثمن كلياً، فيكون حكم تلفه على القاعدة من مال البائع، وإنْ قلنا بجريان القاعدة في الثمن.

ثم لا يخفىٰ أنَّه يمكن أنْ يقال إنَّ المراد من أخبار القاعدة الانفساخ من الأول، بمعنى كون التلف كاشفاً عن عدم الملكية أولاً، وعدم انعقاد البيع؛ فيكون البقاء إلى انقضاء الخيار من الشرط المتأخر؛ ولذا استدل بها الشيخ على مذهبه من توقف الملك على انقضاء الخيار، ولعل مراده ما ذكرنا من الشرط المتأخر، لا أنَّه

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٢.

مع فرض البقاء أيضاً لا يحصل الملك إلا بعد الانقضاء، وعلى هذا فمقتضى القاعدة كون نماء الثمن للمشتري، ونماء المثمن للبائع، للكشف عن عدم انعقاد البيع، ويكون خبر معاوية دليلاً على عدم جريان القاعدة في المقام، أو يكون حكم النماء على خلاف القاعدة، وتمام الكلام في المسألة من حيث جريانها في الثمن وعدمه وجريانها في الكلي وعدمه وجريانها في الخيار المنفصل وعدمه وكون الانفساخ من حين التلف أو من الأول وغير ذلك سيأتي[1] إن شاء الله فانتظر.

٦٩٣ ـ قوله ﷺ: (وكيف كان فالأقوى ...الخ)[2].

أقول: يعني قد يكون الرد إلى المشتري من باب القيدية، وقد يكون من باب مجرد الموردية، فعلى الأول لا يجوز إلا الرد على نفس المشتري، فلو لم يمكن بأي وجه كان لا يجوز الفسخ؛ لعدم حصول الشرط، نعم لو كان حاضراً وامتنع من الأخذ كفى الاحضار عنده لصدق الرد عليه، وعلى الثاني يقوم وكيله ووليه والحاكم وعدول المؤمنين مقامه؛ لأنَّ المناط حينئذٍ ايصال المال إليه لئلا يبقى في ذمة البائع بعد الفسخ، لكن يعتبر أنْ يكون ذلك من جهة غيبة المشتري عن البلد الذي اعتبر الرد فيه.

وإلا فلو كان البائع في غير ذلك البلد وأراد الرد إلى الحاكم أو غيره لا يجوز له ذلك؛ لأنَّ المفروض أنَّ المشروط رده إلى المشتري في البلد الكذائي الذي اشترط كون الرد فيه، أو انصرف الاطلاق إليه، فتحصل أنَّ صور المسألة ثلاث:

أحدها: أنْ يشترط الرد إليه أو إلى وكيله أو وليه.

الثانية: أنْ يشترط الرد إليه من غير ذكر للوكيل والولي، ولكن كان التخصيص به من باب الموردية.

الثالثة: أنْ يكون التخصيص من باب القيدية.

---

(١) ج ٣ تعليقة ٦٦٦ وما بعدها.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤٣.

ففي الصورة الأولى لا اشكال، ويكون التعميم من جهة تعميم الشرط، وفي الثانية أيضاً الحكم كذلك، لكن من جهة عموم دليل النيابة والولاية وتنزيله لهم منزلته في ذلك، وفي الثالثة لا يكفي إلا الرد إلى نفسه، هذا.

ويمكن أنْ يقال: إذا لم يصرح بالتعميم لا يكفي الرد إلى الولي والوكيل وإنْ لم يكن التخصيص من باب القيدية، بل كان من باب الموردية؛ إذ يكفي في لزوم الاقتصار السكوت عن الرد إلى غيره، وعموم دليل النيابة والولاية لا يجعل الرد إلى الولي والوكيل رداً إليه، بمعنى أنَّه لا يثبت تحقق هذا الموضوع، والمفروض أنَّ الحكم معلق عليه، نعم يكفي في جواز دفع المال الذي ثبت كونه له إليهما، ومن هنا يمكن الاستشكال في كفاية الرد إلى وارثه لو مات وانتقل المال إلى وارثه، ففرق بين موته وموت البائع، ففي الثاني ينتقل الخيار الكذائي إلى الوارث، فله الرد إلى المشتري والفسخ، وفي الأول لا يكفي الرد إلى الوارث؛ لأنَّه ليس رداً إلى المشتري؛ فلا يتحقق موضوع الخيار، ولو كان عموم دليل النيابة والولاية نافعاً لزم الاكتفاء فيما لو كان من باب التقييد أيضاً، مع أنَّه لا اشكال في عدم الكفاية حينئذٍ.

وبالجملة: لا فرق بين التقييد والتقيّد والموردية من قبيل الثاني، ويمكن أنْ يجاب بأنا لا نتمسك بمجرد دليل النيابة والولاية، بل نقول إذا كان التخصيص من باب الموردية فكأنَّه اشترط الرد إلى من كان مالكاً للمال ومتصرفاً فيه وولياً عليه، فكأنَّ المشروط الرد إلى المشتري ومن يقوم مقامه، فهو وإنْ كان مورداً إلا أنَّه ليس كذلك بما هو هو، بل بما هو مالك ومتصرف، ودليل النيابة يجعل الوكيل أيضاً بمنزلة المالك، وهذا بخلاف ما لو جعل قيداً فانَّ المشروط حينئذٍ الرد إليه بما هو هو، فلا يقوم مقامه غيره، ومن هنا يظهر جواز الرد إلى الوارث أيضاً في هذه الصورة، لا في صورة التقييد.

وبالجملة: فالمقام بناءً على الموردية يكون من قبيل قول البائع للمشتري «ملكتك» مع أنَّه قد يكون وكيلاً عن الغير أو فضولياً، فانَّه في قوة قوله «ملكت المالك»، فتدبَّر.

٦٩٤ـ **قوله ﷺ: (وليس في قبول ...الخ)**[1].

أقول: إذا لم يجز مزاحمة حاكم لحاكم آخر فلا يكون الحاكم الثاني بمنزلة المالك وهذا التصرف[2]؛ لأنَّ المفروض أنَّ أمر هذا المال صار إلى الحاكم الأول فهو الولي عن المالك في هذا المال، فالرد إلى الحاكم الثاني ليس رداً إلى من كان بمنزلة المالك؛ فيكون كما لو كان له وكيلان، وكان اختيار المبيع بيد أحدهما، وكان الآخر وكيلاً في تصرف آخر، فانَّه لا يكفي حينئذٍ إلا الرد إلى من كان وكيلاً في هذا المال، وكذلك الحال بالنسبة إلى الحاكمين.

نعم، لو جوزنا المزاحمة كان كل منهما ولياً؛ فيكونا من قبيل الأب والجد، ثم لو فرض أنَّ الحاكم الأول اشترى واشترط الرد إلى خصوص نفسه فلا يكفي الرد إلى غيره قطعاً، وكذا بالنسبة إلى الأب والجد.

٦٩٥ـ **قوله ﷺ: (وللمشتري خيار التبعيض ...الخ)**[3].

أقول: هذا إذا كان الشرط رد الكل، لكن لا على هذا الوجه، وإلا فلا يثبت له خيار التبعّض؛ لأنَّه باقدامه على الشرط المذكور أقدم على التبعّض، هذا.

واستشكل في المستند في صحة اشتراط الخيار برد البعض فيما قابله؛ لأنَّ الحكم على خلاف القاعدة، ومورد النصوص غير هذه الصورة، وأدلة الشروط ليست جارية؛ لأنَّ شرط الخيار مخالف للسنة، وإنَّما جوزّناه في المقام من جهة النصوص الخاصة، قال (وقال أيضاً ـ يعني صاحب المسالك ـ ولو اشترط ارتجاع بعض ببعض الثمن أو الخيار في البعض ففي صحته نظر، من مخالفة النصوص، وعموم «المسلمون عند شروطهم» وهو أوجه.

أقول: وقد تنظّر فيه في الدروس[4] أيضاً، والتحقيق أنَّه إنْ كان الشرط رد البعض

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤٤.

(٢) هكذا في الاصل، وفي نسخة «أ» بمنزلة الحاكم لمالك هذا التصرف، والظاهر اما نقصان لفظة «في» على ان تكون العبارة بمنزلة المالك في هذا التصرف، أو زيادة وهذا التصرف.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٤٥.

(٤) الدروس الشرعية ٣: ٢٦٩.

دون ثبوت الخيار فالأوجه الصحة لعموم الوفاء بالشرط، وإنْ كان ثبوت الخيار في البعض ففيه نظر؛ لما عرفت من أنَّ دليله الاجماع وتحققه في البعض غير ثابت، والروايتان وشمولهما غير ظاهر، بل عدم الشمول أظهر، أما الأولى فلحكمه عليه السلام بأنَّ جميع المبيع لو تلف إنَّما هو من البائع، وأما الثانية فلأنها قضية في واقعة.

ومنه يظهر فساد الشرط أو شرط خيار فسخ البعض الآخر في مدة أخرى، أو خيار فسخ الجميع بعضه في مدة، وبعضه في الأخرى)[١] انتهى.

ومراده من الروايتين صحيحة ابن سنان (وإنْ كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أنْ يمضي الشرط فهو من مال البائع)[٢]، ورواية السكوني المتقدمة (أنَّ أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار... إلى آخرها)[٣] هذا.

وفي كلامه أنظار لا تخفى:

منها: فرقه بين شرط رد البعض وثبوت الخيار في البعض، فانَّه لا فرق بينهما إلا في مجرد اللفظ، وقال قبل العبارة التي نقلناها في أصل المسألة (والتحقيق أنَّ المشروط تارة يكون ثبوت الخيار للبائع مع رد الثمن، وأخرى رد المشتري المبيع إليه معه، أو كونه له، وكل منهما يصح ويلزم، أما الأول وهو من باب خيار الشرط فلما مرَّ من الاجماع... إلى أنْ قال: وأما الثاني فلعمومات الشرط وخصوص الروايات، وليس هو من باب خيار الشرط، بل المشروط هو رد المشتري المبيع فيجب عليه لما ذكر، من غير احتياج إلى فسخ كما هو المستفاد من تلك الروايات، ومن ذلك يظهر أنَّ الاستدلال بها على خيار الشرط لبعض المتأخرين في غير موقعه)[٤] انتهى.

وأنت خبير بأنَّ الثاني أيضاً من باب خيار الشرط، غاية الأمر أنَّ الرد فسخ فعلي

---

(١) مستند الشيعة ١٤: ٣٨٧.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الخيار، ح ١.
(٤) مستند الشيعة ١٤: ٣٨٥.

حينئذٍ، فتدبَّر.

والتحقيق صحة الشرط على حسب جعل المتعاقدين أي وجه؛ لعموم دليل الشرط من غير حاجة إلى دليل آخر، ولا نسلم كونه شرطاً مخالفاً للسنة كما مرَّ مراراً.

٦٩٦ ـ **قوله**: (**الأمر الثامن** ...الخ)[1].

أقول: الأمر التاسع: كما يجوز اشتراط الفسخ برد الثمن أو المثمن كذلك يجوز اشتراطه بفعل آخر من المشروط له، كأنْ يقول بشرط أنْ يكون لك الخيار إلى سنة إنْ أعطيتني درهماً أو مالك الفلاني، أو فعلت كذا، أو تركت كذا، فيكون له الفسخ على التقدير المذكور، وكذا إذا قال على أنْ تفسخ بحضوري أو بحضور الحاكم أو نحو ذلك كل ذلك لأدلة الشروط، ولا يكون من التعليق؛ لأنَّ الخيار له من حين العقد إلى آخر المدة، لكن على هذا الوجه.

الأمر العاشر: يجوز أنْ يشترط المشتري على البائع الفسخ برد الثمن أو العكس، بأنْ يكون الراد هو المشروط عليه فيجب عليه ذلك بالشرط، ومع تخلفه يكون للآخر الخيار، ولكن ليس هذا من خيار الشرط، بل من خيار تخلّف الشرط، ولم يجعل للمشروط عليه أيضاً الخيار، بل جعل عليه الفسخ برد الثمن.

الأمر الحادي عشر: يجوز أنْ يشترط عليه فعلاً على أنّه إنْ لم يفعل يكون للشارط الخيار، كأنْ يقول «بعتك على أنْ تخيط لي ثوباً على أنْ يكون لي الفسخ على تقدير تخلفك» وفي الحقيقة هذا يكون من اشتراط خيار الاشتراط الموجب تخلّفه للخيار، غاية الأمر أنّه صرح بالخيار مع التخلّف فيكون راجعاً إلى خيار الشرط على تقدير الترك، هذا.

ولو لم يشترط عليه ذلك الفعل، بل علّق الخيار على تقدير عدمه، كان يقول «بشرط أنْ يكون لي الخيار إنْ لم تخط» بحيث لم يكن الخياطة مشروطة عليه، ففي صحته اشكال؛ لأنّه راجع إلى التعليق، والفرق بينه وبين الأول أنَّ في الاول

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤٥.

يكون من باب تخلّف الشرط وإنْ كان الخيار مصرحاً به على تقدير التخلّف، ويحتمل الصحة لعدم الدليل على بطلان هذا المقدار من التعليق، لكنه كما ترى، وإلا لزم صحة تعليقه على قدوم الحاج أو مجيء زيد أو نحو ذلك، والظاهر عدم الاشكال في بطلانه.

الامر الثاني عشر: شرط الخيار برد الثمن قد يكون بالنسبة إلى العقد، وقد يكون بالنسبة إلى استرداد المثمن، فعلى الثاني ـ كما هو المتعارف ـ لا يجوز للمشتري التصرف المتلف أو الناقل لمنافاته لحق البائع المتعلق بالعين، وعلى الأول يبنى المسألة على جواز تصرف غير ذي الخيار في زمن الخيار، والفرق أنّه على الأول يكون الحق متعلقاً بالعقد، وعلى الثاني بنفس العين، فهو في قوة اشتراط ابقائها إلى آخر المدة ليتمكن من الفسخ إذا شاء، فتدبّر.

❑ مسألة: لا يختص خيار الشرط بالبيع، بل يشمل سائر المعاوضات

٦٩٧ ـ **قوله**ﷺ: **(عدم معنى للخيار في العقد الجائز ...الخ)**[1].

أقول: هو كذلك لما ذكره العلامة من أنّ الخيار لكل منهما دائماً؛ فيكون جعل الخيار لغواً إلا أنْ تصير لازمة بالعرض، فحينئذٍ يجوز اشتراط الخيار فيها في ضمن عقد آخر.

فانْ قلت: فلمَ جوّزتم اشتراط الخيار في العقد الخياري كالبيع الجائز بخيار المجلس أو الحيوان.

قلت: لحصول الفائدة؛ لامكان اسقاط الخيار الثابت فيه بعد العقد، فيؤثر هذا الخيار في جواز الفسخ، وفي العقود الجائزة لا يمكن اسقاط جوازها؛ لأنّه حكم شرعي غير قابل للاسقاط؛ فلا ينفك الجواز الأصلي عنها ليؤثر هذا الخيار.

٦٩٨ ـ **قوله**ﷺ: **(قيل لأنّ المفهوم ...الخ)**[2].

أقول: كلام هذا القائل أنّ الايقاع بما هو ايقاع لا يقبل الشرط أصلاً سواء كان

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤٨.

شرط الخيار أو غيره؛ وذلك لأنّ الشرط مما يحتاج إلى رضا من عليه الشرط ليتحقق موضوعه، ويدخل في عموم المؤمنون عند شروطهم، وإلا فلو لم يقبل ولم يرضَ به لا يكون شرطاً له حتى يجب عليه الوقوف عنده، والايقاع إنّما يتم بطرف واحد، فمع الاقتصار عليه لا يتحقق موضوع الشرط، ومع اعتبار القبول يخرج عن كونه ايقاعاً، أو يكون الشرط معاهدة مستقلة لا ربط له بالايقاع، غاية الأمر وقوعه فيه كوقوع عقد في عقد آخر.

والحاصل: أنّ لازم الشرط أنْ تكون من تتمات ما تضمنه؛ بحيث يكون نفس ذلك المتضمن من العقد والايقاع كافياً عنه، والايقاع بما هو ايقاع لا يكون كذلك.

وحاصل الجواب: منع اعتبار ذلك، وعدم المنافاة لكونه محتاجاً إلى القبول، ومنع خروجه بذلك عن كونه شرطاً، وكذلك منع خروج الايقاع عن كونه ايقاعاً فنختار أنّه موقوف على القبول، ومع ذلك يصدق عليه الشرط في ضمن الايقاع، ولا يخرج الايقاع بذلك عن حقيقته، هذا.

والتحقيق: قبول الايقاعات للشرط، وهو قد يكون على نفس الموقع كما إذا قال «طلقتك على أنْ أعطيك درهماً» أو «أعتقتك على أنْ أزوجك ابنتي»، وحينئذٍ لا يحتاج إلى القبول؛ لأنّه شرط على نفسه، فهو المشروط عليه، ويدخل بذلك في عموم المؤمنون، ولا دليل على اعتبار رضا المشروط له، غاية الأمر أنّ له أنْ لا يقبل، بمعنى أنْ يسقط حقه، ومن ذلك يظهر أنّه لو اشترط الخيار في البيع للأجنبي لا يحتاج إلى قبوله، فيثبت له الحق بذلك إلا أنّ له اسقاطه وعدم الأخذ به.

ومن هذا القبيل ما لو كان على غيره، لكن كان أمر ذلك الغير إليه بحيث يكون مسلّطاً عليه، بأنْ يلزمه بشيء، كما لو اشترط في ضمن العتق خدمة مدة على عبده، فانّه لا يحتاج إلى قبول العبد، لأنّه مالك له ولخدمته مدة عمره، فايجابها عليه في ضمن العتق بمنزلة استثناء هذه المنفعة، لا أنّه حقيقة استثناء، بل لما كان أمر العبد إليه وكان يجوز له أنْ يأمره بالخدمة أي وقت أراد فله أنْ يلزمه بذلك من دون رضاه، ولا يكون من الانتفاع بخدمة الحر؛ لأنّه حين الشرط لم يكن حراً، وإنّما

يصير حراً بعد وجوب ذلك عليه، ولا مانع، ويدل عليه جملة من النصوص:

منها: صحيحة أبي العباس عن أبي عبدالله عليه السلام (سألته عن رجل قال غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا؟ قال: هو حر وعليه العمالة)[١].

ومنها: صحيحة يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أعتق جارية وشرط عليها أن تخدمه عشر سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم أنْ يستخدموها؟ قال عليه السلام: لا)[٢] بناءً على أنْ يكون ذلك من باب كون الشرط خدمة نفس المولى وقد مضى وقتها.

وقد يكون الشرط على غير الموقع ممن لا يكون مسلّطاً عليه بالنسبة إلى ذلك الشرط، كما إذا قال لزوجته «طلقتك على أنْ تفعلي كذا» أو قال للمديون «أبرأتك على أنْ تخيط لي ثوباً» وهذا بحسب القاعدة لا مانع منه، لكنه يحتاج إلى قبول من عليه ليدخل في عموم المؤمنون، ولعل منه ما لو شرط على عبده المعتق أنْ لا يتزوج على ابنته، أو لا يتسرّى، وعليه يحمل ما ورد من صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يقول لعبده اعتقتك على أنْ أزوجك ابنتي، فإنْ تزوجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار، فاعتقه على ذلك فيتزوج أو يتسرّى؟ قال عليه مائة دينار)[٣] فانَّ الزامه بعدم التزويج والتسرّي يحتاج إلى قبوله، وكذا الزامه بمائة دينار على فرضهما، فانّه ليس له الزام عبده بمال، بل إنّما له أنْ يستخدمه أو يأمره بالعمل سواء حصل المال أم لا، فلا بدَّ من حمل الرواية على صورة القبول.

فظهر مما ذكرنا أنَّ الشرط على المعتق قسمان: قسم منه يحتاج إلى القبول، وقسم منه لا يحتاج، وقد يقال بعدم الحاجة مطلقاً لاطلاق الاخبار، وقد يقال بالحاجة مطلقاً؛ لأنّه مالك لمنافعه حال كونه حراً، فاشتراط خدمته بعد حريته يحتاج إلى رضاه، ولصحيحة حريز قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قال

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب كتاب العتق، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب كتاب العتق، ح ١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب كتاب العتق، ح ١.

لمملوكه أنت حر ولي مالك؟ قالعليه السلام: لا يبدأ بالحرية قبل المال، فيقول لي مالك وأنت حر إنْ رضي المملوك فالمال للسيد)[١] حيث اعتبر رضا المملوك في هذا الشرط، والتحقيق ما ذكرنا.

والجواب عن اطلاق الاخبار أنها ليست بصدد بيان اعتبار القبول وعدمه، وعن كونه مسلّطاً على منافعه حال حريته ما قد عرفت، وعن الصحيحة بكونها أخص من المدعى أولاً وعدم العمل بمضمونها من اعتبار الابتداء بكون ماله له ثانياً، وظهورها في عدم سلطنة المولى على تملّك مال عبده، وهو خلاف التحقيق ثالثاً، مع أنَّ سندها غير معتبر لأنها مروية في التهذيب[٢] عن أبي جرير بدل حريز، وهو غير موثق.

وكيف كان فالايقاع غير آبٍ عن دخول الشرط فيه سواء احتاج إلى القبول أو لا، وحينئذٍ فنقول مقتضى القاعدة جواز شرط الخيار فيه أيضاً سواء في ذلك العتق والطلاق والابراء وغيرها، وما ذكره المصنف من امكان منع صدق الشرط كما ترى، كدعواه الانصراف؛ إذ لا وجه له بعد صدق الشرط، ولا يلزم بناءً على قول صاحب القاموس أزيد من كونه في ضمن معاهدة، والايقاع معاهدة، فانْ كان اجماع على عدم صحة شرط الخيار في كلها أو بعضها فهو، وإلا فمقتضى عموم المؤمنون الصحة.

والظاهر تحققه بالنسبة إلى الطلاق، فانَّ الرجوع وإنْ كان فسخاً إلا أنَّه إذا كان في الأول والثاني فلا حاجة فيه إلى اشتراط الخيار، وإن كان في الثالث فليس مشروعاً سواء كان بعنوان اشتراط الخيار أو بغيره، وكذا في كل طلاق بائن، وفي الابراء أيضاً الظاهر تحقق الاجماع.

وأما العتق فانَّه وإنْ قيل فيه أيضاً بتحققه إلا أنَّه يمكن منعه؛ وذلك لما عن

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٤ من ابواب كتاب العتق، ح ٥، ولكنها عن أبي جرير كما في الكافي والتهذيب والاستبصار.

(٢) التهذيب ٨: ٢٢٤، باب العتق واحكامه، ح ٣٩.

الشيخ في النهاية[1] والقاضي[2] وغيرهما من جواز اشتراط اعادته في الرق إنْ خالف ما اشترط عليه للموثق عن اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام (سألته عن رجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه إنْ هو أغارها أنْ يرده في الرق؟ قال عليه السلام: له شرطه)[3].

ودعوىٰ: أنَّه غير ما نحن فيه من اشتراط الخيار مدفوعة:

أولاً: بأنَّه راجع إلى اشتراط الخيار على تقدير المخالفة.

وثانياً: بأنَّه إذا أمكن عوده رقاً بهذا الاشتراط جاز باشتراط الخيار أيضاً، بأنَّه حينئذٍ لا مانع من شمول عمومات الشرط؛ لأنَّ المانع منها عدم مشروعية عود الحر رقاً، والمفروض امكانه.

نعم حكي عن المشهور عدم العمل بالموثق المزبور، والحكم بفساد الشرط فقط، أو مع العتق أيضاً، وأنت خبير بأنَّه لا وجه لطرحه مع أنَّه من الموثق، ولا لحمله على إرادة فساد العتق بذلك كما قيل، إذ هو خلاف ظاهره، بل صريحه لقوله عليه السلام (له شرطه) إلا أنْ يقال إنَّ خلاف الشيخ والقاضي في مورد الرواية لا ينافي الوفاق على عدم جواز اشتراط الخيار؛ ولذا حكى المصنف عن الشيخ في مبسوطه[4] الاجماع على عدم دخول شرط الخيار في العتق والطلاق، وعن السرائر[5] نفي الخلاف في ذلك، هذا.

ويمكن أنْ يقال: إنَّ مورد الاجماع اشتراط الخيار، وأمَّا اشتراط شيء آخر يلزم من تخلّفه الخيار فليس اجماعياً فيما عدا الطلاق، فيجوز أنْ يبرأه دينه ويشترط عليه خياطة ثوب، أو يعتقه ويشترط عليه شيئاً، وحينئذٍ فلو خالفا كان له الخيار بمقتضى القاعدة، هذا.

---

(١) النهاية ٥٤٢.
(٢) المهذب ٢: ٣٥٩.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب كتاب العتق، ح ٢.
(٤) المبسوط ٢: ٨١.
(٥) السرائر ٢: ٢٤٦.

ولكن قال في الجواهر[1] في باب الاقالة إنّ الشرط فيها لا يوجب التسلّط على الفسخ على فرض التملّك، بل فائدته مجرد الالزام، نظير الشرط في العتق والوقف ونحوهما، فيظهر منه مفروغية ذلك في العتق والوقف، فتدبّر.

فانْ قلت: إنّ الابراء لا يقبل الفسخ؛ لأنّه اسقاط للحق، وإذا سقط فلا يعود إلا بسبب جديد، ونظيره اسقاط أحد الخيارات فانّه لا يمكن إعادته.

قلت: لا مانع منه عقلاً؛ إذ له أنْ يرفع اليد عن معاهدته فيكون كما كان أولاً، بل نقول إنّ الفسخ أيضاً قابل لخيار الفسخ عقلاً لكنه غير معهود، إلا أنّ مجرد عدم المعهودية لا يصلح مانعاً عن عمومات الشرط.

وأما ما ذكره المصنف وجهاً للمنع من عدم مشروعية الفسخ فيها فلا يقبل الاشتراط وإلا لزم كون الشرط مشرّعاً وجاعلاً لغير السبب سبباً، وهذا بخلاف العقود فانّ الفسخ مشروع فيها لمكان صحة الاقالة والفسخ بخيار المجلس والحيوان ونحوها، فيصح اشتراط الخيار.

ففيه: ـ بعد منع عدم المشروعية في الجملة ـ أنّ اشتراط ذلك في صحة الشرط ممنوع، نعم لو علم عدم المشروعية المطلقة كان في قوة العلم بعدم قبولها الخيار، وإلا فعدم المشروعية بغير الشرط لا ينافي المشروعية به، غاية الأمر أنّه يحتاج إلى الدليل ويكفيه العمومات ما لم يثبت كون الحكم غير قابل للتغيير بالشرط.

ثم أقول: إذا كانت المشروعية في الجملة كافية في صحة الشرط فمجرد الاحتمال أيضاً كافٍ بعد عموم الدليل؛ إذ هما مشتركان في كون الشرط المذكور مشكوك الصحة، ولا بدّ فيه من التمسك بالعموم، فاذا أمكن التمسك به فيما لو وجد مورد يصح الفسخ فكذا إذا لم يوجد، لكن كان مشكوكاً.

والحاصل: أنّ المعيار في صحة التمسك بعمومات الشرط عدم ثبوت كون الحكم مما لا يقبل التغير، وهو متحقق في المقام، فتدبّر.

فتحصّل أنّ مقتضى القاعدة جريان شرط الخيار في الايقاعات، وأنّ المانع

---

(١) جواهر الكلام ٢٤: ٢٥٤.

منحصر في الاجماع.

٦٩٩ ـ **قوله**ﷺ: **(والرجوع في العدة** ...الخ)[١].

أقول: الانصاف أنّ الرجوع فسخٌ للطلاق حقيقة، وإنْ لم يكن كذلك اصطلاحاً، مع أنّه لا يعتبر مشروعية عنوان الفسخ، بل يكفي عدم لزوم العمل على طبق الطلاق، وجواز ازالته ولو بعنوان الرجوع، فعلى فرض كفاية المشروعية في الجملة لا بدّ من الحكم بصحة الشرط، والتحقيق أنّ المانع هو الاجماع كما عرفت.

٧٠٠ ـ **قوله**ﷺ: **(وقد وجد في العقود** ...الخ)[٢].

أقول: قد عرفت أنّ المشروعية في غير مورد الشرط لا تنفع بحال الشرط؛ لأنّ الشك بعدُ بحاله، ولا مزيل له إلا التمسك بالعمومات، وهي كافية في الايقاعات أيضاً على فرض عدم ثبوت عدم المشروعية المطلقة.

٧٠١ ـ **قوله**ﷺ: **(بناءً على أنّ اللزوم** ...الخ)[٣].

أقول: يعني أنّه كالجواز في العقود الجائزة من حيث عدم قابليته شرعاً لأنْ يتغيّر بالطوارىء، بخلاف اللزوم في العقود اللازمة فانّه قابل للتغيير بها، وليس المراد أنّ اللزوم في العقود اللازمة من الحقوق، وفي الايقاعات والعقود الجائزة من الأحكام، وإنْ كان ظاهر العبارة موهماً لذلك؛ وذلك لأنّه لا وجه لدعوى كون اللزوم في العقود اللازمة من الحقوق، كيف؟ وإلا لكان قابلاً للاسقاط، مع أنّه ليس كذلك، نعم هو قابل للازالة بالاقالة، لكن مجرد هذا لا يستلزم كونه من الحقوق.

٧٠٢ ـ **قوله**ﷺ: **(لم يدخله لأنّ** ...الخ)[٤].

أقول: التحقيق جريانه فيه لعدم المانع، ومجرد كونه مشروعاً لقطع المنازعة لا

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٤٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٤٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٥٠.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٥٠.

يقتضي المنع، وإلا لجرى فيما لو كان بعنوان المعاوضة أيضاً.

٧٠٣ ـ **قوله**ﷺ: **(لا أقل من الشك** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنَّ العمومات مزيلة للشك ما لم يثبت كون الحكم مما لا يتغير بالطوارىء، وقد ذكر المصنف في بحث الشروط أنّه يتسمك بالعمومات مع الشك في كون الحكم قابلاً للتغير وعدمه، وكونه مخالفا للكتاب أو لا، وهو منافٍ لما ذكره هنا من عدم التمسك مع الشك.

٧٠٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ولعله لتوقف ارتفاعه** ...الخ)[٢].

أقول: العمدة فيه الاجماع، وإلا فيجري فيه الفسخ في الجملة، كالفسخ بالعيوب، وربما يقال إنَّ شرط الخيار منافٍ لمقتضاه؛ ولذا حكي عن المشهور أنّه لو اشترط الخيار فيه بطل، مع أنَّ منهم من لا يقول بكون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، قال في الجواهر في كتاب النكاح (لا أجد خلافاً في بطلان هذا الشرط، بل لعل الاجماع بقسميه عليه؛ لمعلومية عدم قبول النكاح لذلك؛ لأنَّ فيه شائبة العبادة التي لا تقبل الخيار، ولحضر فسخه بغيره؛ ولذا لا تجري فيه الاقالة، بخلاف غيره من عقود المعاوضات، فيكون حينئذٍ اشتراط الخيار فيه منافياً لمقتضاه المستفاد من الأدلة الشرعية، بل لم يريدا بلفظ العقد معنى النكاح مع اشتراطه، ومن هنا كان هذا الشرط مبطلاً للعقد، وإنَّ قلنا إنَّ فساد الشرط بالمخالفة للكتاب والسنة لا يبطل النكاح)[٣].

قلت: لا يخفىٰ ما في هذه الدعوى؛ لمنع المنافاة المذكورة، وشبهه بالعبادة لا يقتضي ما ذكر، ولذا تردد المحقق في فساد العقد، قال (فيه تردد منشأه الالتفات إلى تحقق الزوجية بوجود المقتضى وارتفاعه عن تطرق الخيار، والالتفات إلى عدم الرضا بالعقد لترتبه على الشرط)[٤] فعلل وجه البطلان بأنّه منافٍ للرضا بأصل

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥١.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ١٠٦.

(٤) شرائع الاسلام ٢: ٥٥٢.

النكاح، كما يعلل به في كل شرط فاسد على القول بكونه مفسداً.

وعن ابن ادريس بطلان الشرط فقط دون أصل العقد، قال (إنّه لا دليل على بطلان العقد من كتاب ولا سنة ولا اجماع، بل الاجماع على الصحة؛ لأنّه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا، وإنّما هو من تخريج المخالفين وفروعهم اختاره الشيخ على عادتهم في الكتاب)[١] انتهى.

والحاصل: أنّه لا وجه لدعوى كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد؛ ولذا رجع عن الدعوى المذكورة في الجواهر أيضاً؛ حيث قال في آخر كلامه (اللهم إلا أنْ يمنع ذلك، فانّه لا يخلو من تأمل)[٢].

فتبيّن أنّ العمدة هو الاجماع، والظاهر تحققه حتى في صورة تخلّف سائر الشروط الصحيحة أيضاً؛ حيث إنّه لم يقل أحد منهم بتطرّق خيار تخلف الشرط فيه، ففائدة الشروط في النكاح إنّما هو مجرد الالزام، هذا كله في شرط الخيار في نفس العقد.

وأما في المهر فالظاهر جوازه، ومع الفسخ يرجع إلى مهر المثل، فيكون كما لو لم يذكر أصل المهر، فانّه ليس شرطاً في صحة العقد، وعندهم أنّه بمنزلة عقد مستقل فيجري فيه الشرط؛ لعموم المؤمنون، قال في الشرائع (لو شرطه في المهر صح العقد والمهر والشرط)[٣] هذا.

والظاهر عدم الفرق في عدم الجواز بين الدوام والمتعة، لكن في الجواهر (في المتعة اشكال إنْ لم تكن مندرجة في النكاح الذي هو معقد الاجماع، وأما في عوض المتعة فلا يجوز بلا اشكال؛ لأنّه ليس مثل المهر فهو عوض حقيقة، ولذا لا يجوز اخلاء المتعة عنه، وجريان الخيار فيه دون أصل العقد يستلزم جواز الاخلاء كما لا يخفى؛ إذ لو فسخ العوض يصير أصل العقد بلا عوض)[٤].

---

(١) السرائر ٢: ٥٧٥، ليس هذا نص عبارته.
(٢) جواهر الكلام ٣١: ١٠٦.
(٣) شرائع الاسلام ٢: ٥٥٢.
(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٦٣.

٧٠٥ ـ **قوله**ﷺ:(**والكبرى في الصغريين** ...الخ)(١).

أقول: أما الثانية فواضح، وأما الأولى فيمكن الالتزام بها لما سيأتي منهﷺ بعد أسطر من عموم ما دلّ على أنّه لا يرجع فيما كان لله، فتدبّر.

٧٠٦ ـ **قوله**ﷺ:(**وقريب منها غيرها** ...الخ)(٢).

أقول: وهو خبر اسماعيل بن الفضل قال: (سألت أبا عبداللهﷺ عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال إنْ احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له وقد جعله لله؟ يكون له في حياته فاذا هلك الرجل يرجع ميراثاً إلى أهله أو يمضي صدقه؟ قال: يرجع ميراثاً إلى أهله)(٣).

وجه الاستدلال بالروايتين دعوىٰ ظهورهما من حيث الحكم بالرجوع إلى الميراث في بطلان الوقف المذكور، وليس إلا لاشتماله على الشرط المذكور، ووجه التأمل أنّه لا دلالة فيهما على البطلان، بل ظاهرهما صحة الشرط وأنّ الرجوع في الميراث إنّما هو بعد تحقق الحاجة والعود إلى الواقف، والغرض أنّه إذا احتاج ورجع إليه يبقى على ماله ويرثه وارثه، لا أنْ يرجع إلى الوقفية بعد موته، هذا.

مع أنهما لا دخل لهما بما نحن فيه من اشتراط الخيار، فانّ اشتراط العود إليه مع الحاجة في قوة جعل عنوان الوقف ما قبل الحاجة، وبعدها يخرج عن الوقفية من دون حاجة إلى الفسخ؛ ولذا ذهب جماعة منهم إلى صحة الشرط المذكور مع قولهم ببطلان شرط الخيار، بل عن المسالك(٤) نسبة الصحة إلى السيد والمعظم تارة، وأخرى قال إنّ العمل بخبر اسماعيل بن الفضل اتفاق من الاصحاب أو من أكثرهم .

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥١.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٣.

(٤) مسالك الافهام ٥: ٣٦٤.

وفي الجواهر أنّه الأقوى؛ لعموم الوقوف والمؤمنون، قال (وليس هذا من ادخال الواقف نفسه في الوقف قطعاً، بل هو تقييد للوقف بما يقتضي انتهاءه ...إلى أنْ قال: ولا تعليق فيه على نحو ينافي عقد الوقف، بل هو تقييد للوقف على نحو تقييده بوجود الموقوف عليه أو بغيره من الأوصاف التي لا اشكال في جوازها، ضرورة رجوعه إلى جعله وقفاً ما دام غنياً ...إلى أنْ قال: وليس هو من اشتراط الخيار في الوقف الذي لم أعرف خلافاً في عدم جوازه عدا عبارة محكية عن السرائر لم يعلم أنها له أو للشيخ، وعلى كل حال لا ريب في شذوذها لمنافاته اللزوم في الوقف على وجه لم يشرع فسخه اختياراً بوجه، وما نحن فيه إنّما هو من انتهاء الوقف بانتهاء الوصف المعلق عليه، وفرق واضح بين المقامين)[1] انتهىٰ.

وبالجملة: لا دخل لهذه المسألة بما نحن فيه من اشتراط الخيار، فانَّ فيها أقوالاً ثلاثة، فجماعة على البطلان، والمعظم على الصحة وقفاً، وعن جماعة صحته حبساً، بخلاف ما نحن فيه فانّه لم يعلم قول بجواز اشتراط الخيار بحيث يجوز له أنْ يرجع في الوقف اختياراً.

نعم، عرفت ما حكي عن السرائر وعن المسالك أيضاً أنّه نبّه في الدروس وغيرهما على أنّه موضع خلاف كما أشار إليهما المصنفﷺ أيضاً.

٧٠٧ ـ قولهﷺ: (لعموم ما دلّ ...الخ)[2].

أقول: وهي أخبار مستفيضة:

منها: قولهﷺ (إنّما الصدقة لله عزّ وجلّ فما جعل لله عزّ وجلّ فلا رجعة له فيه)[3].

ومنها: قولهﷺ (قال رسول اللهﷺ: إنّما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود

---

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٧٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ١.

فيها مثل الذي يقيء ثم يعود في قيئه)[١].

ومنها: قوله عليه السلام (من تصدق بصدقةٍ ثم ردت عليه فلا يأكلها؛ لأنه لا شريك لله عزَّ وجلَّ في شيء مما جعل له، إنَّما هو بمنزلة العتاقة لا يصلح ردها بعد ما يعتق)[٢]، ويستفاد من هذا الخبر عدم جواز الرجوع في العتق أيضاً.

ومنها: قال أبو عبدالله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إنَّما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه)[٣].

ومنها: (لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى بها وجه الله عزَّ وجلَّ)[٤].

بل يظهر من بعض الاخبار عدم جواز الرجوع حتى بالشراء والاستيهاب كخبر منصور بن حازم قال أبو عبدالله عليه السلام: (إذا تصدَّق الرجل لم يحل له أنْ يشتريها ولا يستوهبها ولا يستردها إلا في ميراث)[٥].

وخبره الآخر عنه عليه السلام (إذا تصدقت بصدقة لم ترجع إليك ولم تشترها إلا أنْ تورث)[٦]. لكنهما محمولان على الكراهة، هذا.

والانصاف أنَّه لا دلالة في هذه الاخبار على عدم جواز الاشتراط، بل الظاهر منها الرجوع من دون شرط كما لا يخفى.

وأما ما ذكره المصنف قدس سره من أنَّه يستفاد منها كون اللزوم حكماً شرعياً لماهية الصدقة بحيث لا يقبل التغير فهو كما ترى، كيف ؟ وإلا كان أول دليل على الحكم في جملة من العقود والايقاعات[٧]، فتدبَّر.

والتحقيق: أنَّه لا يصدق الرجوع في الصدقة على الفسخ بالخيار، لأنَّ اخراجه للمال ليس على كل تقدير، والاخراج الخياري المتزلزل ليس اخراجاً حقيقةً،

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٤.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٧.
(٥) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ١.
(٦) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب الوقوف والصدقات، ح ٥.
(٧) هكذا في الاصل.

فالرجوع إنّما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك، لا مثل المقام، فتدبّر.

٧٠٨ـ **قوله**ﷺ: **(ولو شك في ذلك كفى** ...الخ)[1].

أقول: قد عرفت ما فيه من أنّ المقام من موارد التمسك بعموم الشروط، وسيأتي منهﷺ في باب الشروط[2] أنّه لو شك في كون الشرط مخالفاً فالأصل عدم المخالفة، وتمام الكلام موكول إلى ذلك المقام فانتظر.

٧٠٩ـ **قوله**ﷺ: **(ولا يخلو عن قرب لما تقدم** ...الخ)[3].

أقول: التحقيق عدم الفرق كما تقدّم ولو قلنا بعدم جريان الخيار في الابراء، فانّ حقيقة الصلح غير الابراء، وإنْ كان في مقامه، فانّه معاهدة بين طرفين فهو قابل لذلك، خصوصاً إذا اشتمل على عوض، فانّه حينئذٍ نظير بيع الدين على من عليه، حيث إنّه يرجع إلى الاسقاط بالنسبة اليه ولا ينبغي الاشكال في جريان الخيار فيه.

٧١٠ـ **قوله**ﷺ: **(أقسام البيع** ...الخ)[4].

أقول: قيّده في الجواهر[5] بما لم يستعقب انعتاقاً، ولعله لأنّه لا يمكن استرداده حينئذٍ، وفيه ما عرفت سابقاً في خيار المجلس[6] من أنّه لا ينافي الفسخ والرجوع إلى القيمة، وإلا لزم عدم جريانه في بيع الدين على من عليه أيضاً، فتأمّل.

٧١١ـ **قوله**ﷺ: **(لا يمكن ارتباطه** ...الخ)[7].

أقول: هذا ممنوع، بل يصح الارتباط؛ ولذا يجوز أنْ يكون القرينة على الكلام حالياً أو فعلاً من الافعال، ولا فرق بين المقامين، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥٣.
(٢) كتاب المكاسب ٦: ٣١.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٥٤.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٥٥.
(٥) جواهر الكلام ٢٣: ٦١.
(٦) تعليقة ٥٤٥.
(٧) كتاب المكاسب ٥: ١٥٦.

٧١٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وفيه نظر** ...الخ)[1].

أقول: لا وجه له بعد العموم وعدم المانع، خصوصاً مع مشروعية الفسخ فيه في الجملة.

٧١٣ ـ **قوله**ﷺ: **(بصحة التقايل في العقد** ...الخ)[2].

أقول: يعني من حيث هو، وإلا فيمكن أنْ يقال بعدم جريان التقايل في البيع الخياري ما دام الخيار باقياً؛ لقصور أدلته عن الشمول لأنّه مع الخيار لا يكون من إقالة النادم؛ لامكان رفع الندم بالفسخ من جهة الخيار، مع أنّه لا اشكال في جريان شرط الخيار وإنْ كان له خيار آخر، ويمكن جريان الاقالة مع عدم جريان الشرط إذا كان منافياً لمقتضى العقد، كما في عقد الرهن بناءً على كون شرط الخيار منافياً للاستيثاق المقصود منه، فلأنّه لا اشكال في جريان الاقالة فيه.

والتحقيق: أنّ النسبة بين مورد الاقالة وخيار الشرط ـ من حيث هما ـ عموم من وجه، فمورد افتراق الاقالة مسألة الرهن والوقف بناءً على كون شرط الخيار فيه منافياً لمقتضاه من الدوام، فانّه على هذا لا يصح شرط الخيار، لكن لا مانع من جريان الاقالة بعد انعقاده وتماميته إذا كان الموقوف عليه معيناً، أو مع ولي الوقف العام.

ومورد افتراق شرط الخيار بعض الايقاعات الذي يجري فيه شرط الخيار، أو يمكن أنْ يجري فيه فانّه لا معنى لجريان الاقالة فيها مطلقاً؛ لأنـها محتاجة إلى الطرفين، والايقاع متقوم بطرف واحد، ومع ذلك يمكن اشتراط الخيار لمـن لا يكون طرفاً في الايقاع، كأنْ يجعل الخيار في الطلاق للزوجة أو لنفسه ورضيت الزوجة به، وكذا في الابراء ونحوه، وأيضاً العقد المشتمل عـلى الخيار حسبما عرفت.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥٦.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥٦.

والحاصل: أنَّ التفكيك ممكن من الجانبين، وإنْ لم يكن واقعاً، كما إذا منعنا دخول شرط الخيار في الايقاعات مطلقاً، وقلنا بجريان الاقالة في العقد المشتمل على الخيار أيضاً، وجوزنا دخول الشرط في الرهن بدعوى عدم المنافاة.

تتمة: يجري خيار الشرط في القرض، فانَّه من العقود اللازمة، ولا ينافي ذلك جواز الرجوع فيه بعد العقد؛ إذ هو غير الفسخ، فانَّ مقتضاه عود نفس المال إليه، ومطالبة الاداء لا تستلزم وجوب دفع عين المال، فيجوز للمقترض دفع المثل أو القيمة ولو مع بقائها، ففائدة الخيار فسخ العقد والرجوع إلى نفس العين، وكذلك يجري في الوفاء، فلو كان عليه كلي كمنٍ من الحنطة فعيّنه في فرد لزم، ولكن لا يجوز له شرط الخيار ليتمكن من ابطال التعيين وإعادة الكلي إلى ذمته، وكذلك لا مانع من جريانه في الخلع والمباراة.

الرابع

خيار الغبن

الرابع: خيار الغبن

٧١٤ـ **قوله** ﷺ: **(لأنَّ المبيع ببيع الخيار** ...الخ)[١].

أقول: يعني أنَّه ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم في الجملة، لا أنَّه مع الخيار لا يصدق الغبن أصلاً ولو كان بأقل مراتب، نعم يمكن نفي خيار الغبن مع ثبوت الخيار بوجه آخر سواء كان من جهة الاشتراط أو غيره؛ لقصور الأدلة عن الشمول؛ خصوصاً إذا كان المدرك قاعدة الضرر، هذا.

وكما أنَّه يلاحظ خيار البائع فكذا خيار المشتري، فلو باع ما يساوي مائة بمائة مع اشتراط الخيار للمشتري يكون مغبوناً؛ لأنَّه مع الخيار للمشتري قد يكون قيمته أكثر، لأنَّ للشرط قسطاً من الثمن، فكأنَّه باع بأقل من مائة، وأما سائر الشروط فأمرها أوضح.

٧١٥ـ **قوله** ﷺ: **(والظاهر أنْ كون** ...الخ)[٢].

أقول: إذا كانت الزيادة مما يتسامح بها يمكن دعوىٰ عدم صدق الغبن، فهذا أيضاً معتبر في مفهومه، بل يمكن أنْ يعكس ويقال إنَّ اعتبار الجهل بالقيمة شرط خارج عن المفهوم بحسب اصطلاح الفقهاء أيضاً؛ إذ الغبن عندهم التمليك بما يزيد على قيمته وإنْ لم يكن الآخر جاهلاً، فانَّهم يطلقون الغبن مع العلم أيضاً، ويقولون إنَّه قد أقدم عليه.

نعم يعتبر الجهل في مفهومه بحسب معناه اللغوي؛ لأنَّ الخديعة لا تتحقق إلا

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥٧.

مع جهل المخدوع، مع احتمال الصدق ولو مع العلم أيضاً إذا كان بعنوان الخدعة، كما في قوله تعالى ﴿ يخادعون الله والذين آمنوا ...الخ ﴾[١].

ثم لا يخفىٰ أنَّه بناءً على كون الغبن باقياً على معناه اللغوي، وكونه بمعنى الخديعة لا يكفي مجرد الجهل بالقيمة في تحقق مفهومه، بل يعتبر فيه مع ذلك علم الغابن، بل قصده للخدعة [أيضاً، فغالب موارد اطلاق الفقهاء خارج عن معناه اللغوي، بل صورة علم الغابن وقصده للخدعة][٢] وجهل الآخر جهلاً يصدق معه عنوان الخدعة في غاية الندرة، فلا بدَّ إما من القول بحدوث معنى اصطلاحي له، أو عدم اعتبار القيدين في معناه اللغوي أيضاً، بدعوى أنَّ معناه لغـةً الاتـيان بـفعل يناسب الخادع، كما في لفظ الجهالة؛ حيث إنَّها بمعنى الاتيان بأفعال الجهّال وإنْ كان على وجه الالتفات، فالمغبون حينئذٍ من عَمَلَ عمل المخدوعين، فتأمّل.

٧١٦ـ **قوله**ﷺ: **(فالآية إنَّما تدل على ...الخ)**[٣].

أقول: لا يخفىٰ أنَّ مقتضى البيان المذكور بطلان البيع، لا الخيار كما هو مقتضى قوله (فاذا حصل التراضي ...الخ) فانَّه أيضاً إنَّما يناسب البطلان بدون الرضا، وإلا فمع فرض الدلالة على عدم اللزوم لا حاجة إلى اجراء فحوى حكـم الفـضولي والمكره كما لا يخفىٰ.

والأولى توجيه الاستدلال أنْ يقال: إنَّ المغبون إنَّما أقدم على المعاملة بانياً على كون المبيع مساوياً لماله بحسب القيمة والمالية، فكأنَّه اشترط المساواة، وإذا كان أقل يكون من باب تخلّف الشرط، فاعتبار المساواة ليس على وجه التقييد ليتوجه عليه المنع أولاً، واستلزامه البطلان ثانياً، ولا على وجه الداعي ليرد عليه أنَّ تخلّفه لا يوجب شيئاً، بل هو من باب الشرط الضمني نظير وصف الصحة، فيكون معتبراً على وجه تعدد المطلوب، ولازم تخلّفه الخيار كما في سائر الشروط الصريحة أو

---

(١) البقرة، الآية: ٩.

(٢) ما بين القوسين لا يوجد في نسخة «ب».

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٥٩.

الضمنية.

لكن يرد عليه أنَّ الآية متكفلة لبيان اعتبار أصل الرضا في جواز الأكل، وأنَّه لو لم يكن التجارة مع التراضي تكون باطلة، وليست ناظرة إلى اثبات الخيار على تقدير تخلّف ما اعتبر في المعاملة على وجه الشرطية، فعلى البيان المذكور لا بدَّ من التمسك بغير الآية مما يدل على جواز الفسخ مع تخلّف الشرط.

والحاصل: أنَّه لا يمكن استفادة كلا الحكمين ـ أعني البطلان والخيار ـ من الآية، بأنْ يكون المراد أنَّه لو لم يكن راضياً بأصل المعاملة فهي باطلة، ولو رضي بها، ولكن أعتبر وصفاً مفقوداً، وهو المساواة بحسب القيمة فله الخيار.

فانْ قلت: إنا نقول إنَّ المستفاد من الآية معنى واحد، وهو أنَّ جواز الأكل مقيد بالرضا، وأنَّه لولاه لا يجوز الأكل، وحيئئذٍ فنقول إنْ فُقِدَ الرضا من الأصل فالمعاملة باطلة ولا يجوز الأكل، وإنْ كان حاصلاً بأصل المعاملة ولكن كان مبنياً على وجود وصف، فما دام لم ينكشف الخلاف يجوز الأكل؛ لمكان حصول الرضا، وبعد الانكشاف لا يجوز إلا برضا جديد متعلق بها مع فرض عدم وجود ذلك الوصف، وهذا معنى ما قاله المصنف من أنَّه إذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق لفحوى قوله (حكم الفضولي والمكره).

قلت: المدار على تحقق الرضا حين انشاء المعاملة، لا مستمراً إلى الآخر، وحيئئذٍ فنقول إما أنْ يكون المراد الرضا الانشائي الحاصل بالفعل على ما هو الفرض، ولازمه الصحة وجواز الأكل أبداً، وأما المراد الرضا الواقعي على تقدير العلم بالخلاف، ومعه لا يجوز الأكل إلا بعد الاطلاع والانكشاف وحصول الرضا مع العلم بالتخلّف، مع أنَّ المفروض أنَّه لا اشكال ولا خلاف في جواز التصرّف قبل الاطلاع على الغبن، بل بعده أيضاً قبل أنْ يفسخ، فالانصاف أنَّ الآية لا دخل لها بمسألة الخيار.

٧١٧ ـ قوله ﷺ: (ولو لُبدل ﷺ هذه الآية ... الخ)[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٥٩.

أقول: لا يخفىٰ أنّ هذه الآية أيضاً إنّما تدل على البطلان بناءً على الشمول، وما ذكرهﷺ من التقييد بقوله (مع عدم تسلّط المخدوع ...الخ) لا وجه له؛ إذ التسلّط وعدمه لا دخل لهما في المخدوعية وعدمها، فانّ صدق كونه مخدوعاً بالبيع المذكور يكون باطلاً، والتسلّط الشرعي بل العرفي أيضاً على رد المعاملة لا يخرجه عن كونه خداعاً وباطلاً، فلازم شمول الآية البطلان، لا الخيار، من غير فرق بين ما قبل التبيّن وما بعده.

والتحقيق: أنّه لا يعد من الأكل بالباطل إذا فرض الرضا بالبيع، وكون اعتبار المساواة من باب الداعي لا التقييد ولا الشرطية.

بل أقول: الظاهر أنّ معنى الآية أنّ كل ما لا يكون تجارة عن تراضٍ فهو من الباطل، وأنّ الباطل ما يكون لا عن تراضٍ، وعلى هذا فلو فرضنا صدق التراضي في المقام ـ كما هو كذلك، واعترف به المصنف ـ فهو مخرج لكونه أكلاً بالباطل، ولا يكون من التعارض بين الفقرتين، فانّ الثانية مبينة للمراد من الأولى، ومن ذلك يظهر أنّ استدلال العلامة أحسن مما ذكره المصنف، وإنْ كان هو أيضاً في غير محله كما عرفت.

٧١٨ ـ **قولهﷺ: (إلا أنْ يقال إنّ ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفىٰ ما فيه بظاهره، فانّ عدم خروجه عن كونه بالباطل لا ينافي التعارض الذي ذكره، بل هو محقق له، فمع الاغماض عما ذكرنا من أنّ الفقرة الثانية حاكمة على الأولى ومبينة للمراد منها لا بدّ من الرجوع إلى أصل اللزوم، ولعل مرادهﷺ من هذه العبارة أنّ التراضي على هذا الوجه ليس تراضياً حقيقةً، فلا تكون الفقرة الثانية دليلاً على الصحة فتبقى الأولى بلا معارض.

ولكن لا يخفىٰ أنّ هذا المعنى ـ مع بعده عن العبارة ـ مستلزم لصحة استدلال العلامةﷺ بالفقرة الثانية أيضاً؛ لأنّه إذا فرض أنّ التراضي على الوجه المذكور ليس تراضياً، فيكون الآية دليلاً على الخيار بالتقريب المذكور في وجه الاستدلال على

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٠.

فرض تماميته، وحيتئذٍ فيتم الاستدلال بكل من الفقرتين.

٧١٩ ـ **قوله**ﷺ:**(ويمكن أنْ يقال** ...الخ)[١].

أقول: الفرق بين هذا الوجه وما ذكره سابقاً بقوله (لكن يعارض الآية ...الخ) أنَّ في الوجه السابق كان المراد أنَّ الفقرتين شاملتان لمورد الاجتماع، ومقتضى أحداهما اللزوم، ومقتضى الأخرى عدمه فتتعارضان وتتساقطان؛ ولذا أورد عليه بعدم شمول آية التراضي لصورة الجهل، وأنَّ أكل المال حيتئذٍ لا يخرج عن كونه باطلاً، والرضا في حكم العدم، وفي هذا الوجه يسلم عدم شمول آية التراضي لصورة الخدع، وآية الأكل بالباطل لصورة عدم الخدع، وأنَّ الأولى مختصة بغير هذه الصورة، والثانية مختصة بها، وأنَّه لا معارضة بينهما من حيث مفاداهما، لكنهما تتعارضان بضميمة الاجماع على عدم الفرق بينهما، وتتساقطان فيرجع إلى أصل اللزوم.

والتحقيق: ما عرفت من عدم التعارض، وأنَّ المستفاد من الآية أنَّ التجارة عن تراضٍ غير باطل، وأنَّ غيره باطل، فمتى صدق كونه تجارة عن تراضٍ لا بدَّ من الحكم بعدم بطلانه، نعم إنَّما يتم المعارضة إذا استفيد منها تعليق الحكم على عنوان التراضي مرة كائناً ما كان، وعلى عنوان الأكل بالباطل كذلك، فلو صدق مع التراضي عرفاً أنَّه أكل بالباطل فمقتضى الأولى البطلان، ومقتضى الثانية الصحة، وقد عرفت أنَّه ليس كذلك، فلم يعلق البطلان على عنوان البطلان العرفي، بل كأنَّه بيّن أنَّ الأكل بالباطل ما يكون من غير تراضٍ سواء صدق عليه الباطل عرفاً أو لا، وما يكون مع التراضي لا يكون باطلاً وإنْ صدق عليه البطلان الباطل عرفاً، هذا.

مع امكان دعوىٰ مساعدة العرف أيضاً على ذلك، فكل ما يكون مع التراضي ليس باطلاً في العرف أيضاً وإنْ كان على وجه الخداع، بحيث يكون تخيل المساواة من باب الداعي أو تعدد المطلوب لا التقييد، وأما إذا كان من باب التقييد فلا يصدق عليه التراضي، فالمعيار في صدق كونه أكلاً بالباطل عرفاً وعدمه أيضاً

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٠.

على حصول التراضي وعدمه وإنْ كان ذلك من جهة الاشتباه في حصول وصف أو شيء آخر ما لم يرجع إلى التقييد في الرضا، ومع رجوعه إليه لا يكون من التراضي؛ إذ التراضي المقيد بقيد غير حاصل ليس تراضياً حقيقة.

٧٢٠ ـ **قوله**ﷺ: (**بأنَّ النبي**ﷺ **أثبت** ...الخ)[١].

أقول: عن الدروس أنّه روي نبوياً مرسلاً (إنْ تلقّى فصاحب السلعة بالخيار)[٢]، وعن العامة أنّهم رووا عن النبيﷺ (لا تلقوا الجلب فمن تلقّاه واشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار)[٣]، ولا يخفىٰ أنَّ الاستدلال بهذا المرسل على ما أشار إليه المصنف مبني على أمرين:

أحدهما: امكان كون ضعفه مجبوراً بالشهرة، وهو ممنوع ؛ لعدم كونه في كتب أخبارنا ليكون نظر الفقهاء في فتاويهم إليه، ومجرد كون عملهم على طبقة لا يكفي في الجبر، بل لا بدَّ من الاستناد، وهو غير معلوم، بل معلوم العدم، بعد عدم كونه منقولاً في كتبهم.

الثاني: أنْ يكون حكمهﷺ بالخيار من جهة الغبن، وهو غير معلوم، فلعله خيار آخر كما حكي عن بعض العامة أنّه أثبت خيار التلقّي وإنْ لم يكن غبن، بل عن ظاهر ابن ادريس من علمائنا أيضاً الفتوى باطلاقه وعدم اعتبار الغبن فيه.

٧٢١ ـ **قوله**ﷺ: (**ينافي مقتضى المعاوضة** ...الخ)[٤].

أقول: وذلك لأنَّ مقتضى المعاوضة ومقابلة المجموع بالمجموع النصف بالنصف وهكذا، فاسترداد بعض أحد العوضين يستلزم رد ما يقابله، هذا.

ولكن يمكن أنْ يقال: إذا كان مقابلة المجموع بالمجموع بتخيّل مساواتهما في المالية فكأنَّه قابل كل جزء من أحدهما بما يساويه في المالية من الآخر، فاذا فرض زيادة مالية أحدهما فكأنَّه لم تقابل بالمعاملة بعوض، وإنَّما أُعطيت مجاناً،

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٠.
(٢) الدروس الشرعية ٢: ١٧٩.
(٣) صحيح مسلم، باب تحريم تلقي الجلب، رواية ١٥١٩.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٦٢.

فبهذا الاعتبار يجوز لصاحب الزيادة استردادها، فما نحن فيه نظير ما إذا قال «بعتك هذا المنّ من الحنطة بهذا الدرهم» فبان أزيد من منٍّ، فانّ الزائد لم يقابل بشيء، وهذا إنْ كان على وجه التقييد يستلزم بطلان المعاملة بالنسبة إليه، وإنْ كان على وجه الداعي أو الاشتراط يكون له الخيار في الاسترداد، وفيما نحن فيه المفروض أنّه ليس بعنوان التقييد حتى يبقى الزائد لمالكه من غير حاجة إلى الفسخ والاسترداد، بل إنّما قابل المجموع بالمجموع بداعي المساواة، فله الامضاء وله الاسترداد.

وهكذا الحال في مسألة محاباة المريض فانّه يمكن أنْ يقال إنّ المقدار المحابى فيه وإنْ كان مقابلاً بالعوض أيضاً إلا أنّ المعاوضة ـ لما كانت بلحاظ المالية ـ فكأن ذلك المال أعطي مجاناً، ولما كان التصرف المحابى فيه من المريض موقوفاً على إجازة الوارث في الزائد على الثلث منه نقول بايقافه، فله أنْ يرد الزائد على الثلث من مقدار المحاباة، ولا يكون هذا منافياً لمقتضى المعاوضة؛ إذ في عالم اللب لم يكن المقدار المذكور داخلاً في المعاوضة، بل كان بمنزلة الهبة، هذا توجيه كلام المشهور هناك، وذكر في الجواهر في آخر باب الوصايا وجهاً آخر لتطبيق فتاويهم على القاعدة لم أعرف محصله، وإنْ كانت النسخة أيضاً مغلوطة فراجع[١].

٧٢٢ ـ قوله ﷺ:(ويحتمل أنْ يكون ...الخ)[٢].

أقول: الفرق بين الاحتمالين أنّ في الاول يكون للمغبون الزام الغابن بخصوص رد الزائد، وفي هذا الوجه ليس له ذلك، بل له الزامه بأحد الأمرين من الفسخ وبدل الزائد، فعلى الأول ليس للغابن اختيار الفسخ إذا لم يرضَ المغبون، وعلى الثاني له ذلك إلا أنْ يسقط الغابن حقه، وأيضاً على الثاني يجوز للمغبون الفسخ بمجرد عدم بذل الغابن التفاوت، وعلى الأول لا يجوز له ذلك، بل يجب اجباره على دفع

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٤٧٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٢.

الزائد، نعم لو لم يمكن له ذلك جاز له الفسخ حينئذٍ، وإلا لزم الضرر، فتدبَّر.

٧٢٣ ـ **قوله** ﴿﴾: **(فالمبذول غرامة ...الخ)**[1].

أقول: يعني على الاحتمال الثاني، وإلا فعلى الاحتمال الأول هو مقدار من أحد العوضين، ولذا أورد عليه بما ذكره العلامة في مسألة محاباة المريض من منافاته لمقتضى المعاوضة، ولو كان على وجه الغرامة لم يكن كذلك.

ومن ذلك يظهر أنَّ في العبارة اضطراباً؛ حيث إن ظاهرها كون المبذول كذلك على الاحتمالين، وكذا ظاهر قوله بعد ذلك (ثم إنَّ المبذول ليس هبة ...الخ) وقوله (ثم إنَّ الظاهر أنَّ تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين ...الخ) حيث إنَّه جعل الاحتمالين في عرض واحد، ولو كان المبذول على الأول جزءً من العوض لم يكن في عرض الثاني؛ لبطلان الاحتمال الأول حينئذٍ؛ لكونه منافياً لمقتضى المعاوضة حسبما قرر ﴿﴾ ما ذكره العلامة.

والحاصل: أنَّ ظاهر هذه الكلمات تساوي الاحتمالين في كون المبذول غرامة، مع أنَّه على الاحتمال الأول ليس كذلك قطعاً، بل هو جزء من أحد العوضين استرد وفسخ المعاملة بالنسبة إليه، ولهذا جعل للبائع خيار تبعّض الصفقة، وإذا كان غرامة لم يكن له الخيار قطعاً، ومن هذا ظهر فرق آخر بين الاحتمالين مضافاً إلى ما ذكرنا أولاً.

هذا، ويمكن أنْ يكون غرض المصنف أنَّه يمكن تصحيح الاحتمال الأول بأنْ يجعل الرد فيه من باب الغرامة، لا من باب استرداد نفس العوض، لكن العبارة قاصرة كما لا يخفى.

٧٢٤ ـ **قوله** ﴿﴾: **(ليس هبة مستقلة حتى يقال ...الخ)**[2].

أقول: إنْ قلت: إنَّ الهبة المستقلة إنَّما لا تكون مخرجة للمعاملة عن كونها غبنية إذا لم تكن بداعي تدارك الضرر، وإلا فهي كالغرامة في ذلك، بل الغرامة أيضاً هبة

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٣.

في المعنى، لكنها بعنوان التدارك لما فات على المغبون، فلا فرق بينهما في ذلك.

قلت: لا نسلّم ذلك، بل الغرامة استرداد للمالية الزائدة الفائتة على المغبون بسبب هذه المعاملة، وليست تمليكاً استقلالياً، فهي رافعة للغبن، بخلاف الهبة فانّها تمليك جديد وإنْ كانت بعنوان التدارك وبهذا الداعي، فتدبّر.

فانّه إذا كان المفروض حصول الضرر بمجرد المعاملة، وأنّ الغرامة رافعة لذلك الضرر لا دافعة له فالهبة المستقلة إذا كانت بهذا الداعي وبهذا العنوان أيضاً كذلك، فلا فرق بينهما في أنّ كلاً منهما رافع للضرر الحاصل وجبران له، وليس شيء منهما مانعاً من وجوده من الأول، ولا رافعاً لموضوعه.

نعم، استرداد جزء من أحد العوضين رافع لموضوعه، لا جبران له، ولكن لا نقول به، وحينئذٍ فاذا كان القدر المتيقن من ايجاب الضرر للخيار صورة عدم الجبران فلا فرق بين الوجهين، بل لو بذل الأجنبي التفاوت المذكور بعنوان التدارك أمكن القول بعدم الخيار؛ إذ القدر المتيقن صورة عدم الجبران أصلاً.

والحاصل: أنّ الموجب للخيار إنْ كان مجرد حدوث الضرر فلا بدّ من الحكم به حتى مع بذل الغابن للتفاوت بعنوان الغرامة، وإنْ كان الضرر الغير المجبور فلا فرق بين أنحاء الجبران، ودعوىٰ أنّ الموجب هو موضوع الضرر وأنّه مرتفع بالغرامة دون غيرها كما ترى.

٧٢٥ ــ قوله ﷺ: (ما تقدم من احتمال ... الخ)(١).

أقول: قد عرفت أنّ الهبة أيضاً كافية في ذلك، ولعل نظرهما إلى أنّ الغبن موجب للخيار من حيث هو، والبذل بأي وجه كان لا يوجب رفعه، غاية الأمر أنّه جبران له، ولا دليل على كون الجابر مسقطاً لحكم الغبن من الخيار، وبهذا التقرير يصح تمكسهما بالاستصحاب أيضاً، وحينئذٍ فالايراد عليهما منع مجرد كون الغبن علة للخيار؛ إذ لا دليل عليه إلا قاعدة الغرر، والقدر المسلّم من اقتضائها للخيار صورة بقاء الضرر بلا جبران أصلاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٤.

٧٢٦ ـ قوله ﴿ﻗﺪﺱ ﺳﺮﻩ﴾: (لتعلق غرض الناس ...الخ)[١].

أقول: هذا لا يعد من الضرر، بل من تدارك الضرر كما لا يخفى.

٧٢٧ ـ قوله ﴿ﻗﺪﺱ ﺳﺮﻩ﴾: (فتأمّل ...الخ)[٢].

أقول: لعل وجهه أنَّ مثل هذا الغرض نادر ليس مناطاً؛ فلا يعد مخالفته ضرراً في العرف والعادة، وإلا فقد يكون غرض الغابن تمليك ماله بأزيد من قيمة مثله، فليس كل غرض مما يعد مخالفته ضرراً.

ثم إنَّ محصل ما ذكره المصنف أنَّ قاعدة الضرر لا تعين الخيار على ما هو مذهب المشهور، بل الأمر يدور بين ثلاثة احتمالات:

أحدها: الخيار.

ثانيها: الالزام برد التفاوت أولاً، فانْ لم يمكن فالخيار.

ثالثها: الالزام بأحد الأمرين، من رد التفاوت أو الالزام بالفسخ، ولازم الأخيرين عدم الخيار مع بذل الغابن للتفاوت، ولا مرجح للاحتمال الأول على الأخيرين، بل الأمر بالعكس؛ لأنَّ مقتضى الأول الزام الغابن بالفسخ، وهو ضرر عليه؛ لأنّه منافٍ لغرضه وإنْ عورض بضرر آخر على المغبون على الأخيرين، وهو منافاة اللزوم وأخذ التفاوت لغرضه، فنقول حيث لا ترجيح فالقدر المتيقن من الخروج عن أصل اللزوم صورة عدم بذل التفاوت، فمقتضى التمسك بقاعدة الضرر ثبوت الخيار على تقدير عدم البذل على ما احتمله العلامة في التذكرة[٣] والقواعد[٤]، وحكي عن بعض الفتوى به، واختاره في المستند[٥].

لكن قد يقال: إذا اقتضت القاعدة بعدم لزوم البيع على ما هو عليه لاستلزامه الضرر ندفع احتمال الأرش بالاجماع على خلافه، فانّه لم يذكره أحد ممن تقدّم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٤.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٤.
(٣) التذكرة ١١: ٧١.
(٤) القواعد ١: ١٤٣.
(٥) مستند الشيعة ١٤: ٣٩١.

على العلامة، وهو أيضاً إدّعى الاجماع أولاً على عدمه، لكنه استشكل في صورة البذل في ثبوت الخيار مجرد استشكال، وهذا لا يضر بالاجماع، هذا.

وفي المستند نفى الاحتمال الأول من الأخيرين بالاجماع على خلافه، دون الثاني قال (فانْ قلت الضرر كما يندفع بالخيار يندفع بالتسلّط على أخذ التفاوت أيضاً، فاللازم من نفي الضرر عدم كون اللزوم، وعدم التسلّط على التفاوت معاً من حكم الشرع، بل يتعين انتفاء أحدهما، ولا دليل على كون المنفي هو الأول.

قلنا يتعين الأول بالاجماع على بطلان الثاني، مع أنّه لو قطع النظر عن الاجماع يتعارض أدلة لزوم البيع مع أدلة تسلّط الناس على ماله الذي منه التفاوت، والترجيح مع الثاني لموافقة الكتاب، على أنّه لولا الترجيح لعمل بالأصل المقتضي لعدم اللزوم، نعم يحصل الاشكال كما في القواعد والتذكرة فيما إذا بذل الغابن التفاوت، ولذا قيل بعدم الخيار حينئذٍ اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على لزوم العقد على المتيقن المجمع عليه والمتحقق به الضرر، وليس فيهما محل الفرض، واحتمله بعض المتأخرين[1]، وهو الأقوى لذلك خلافاً للمشهور)[2] انتهى.

قلت أولاً: يمكن دعوىٰ الاجماع على انتفاء الأرش مطلقاً، وأنّ المتعين هو الخيار ولو بذل التفاوت.

وثانياً: أنّ ما ذكره من تعارض أدلة اللزوم مع أدلة التسلّط على تقدير صحته يجري في هذه الصورة أيضاً، فانّه يلزم الغابن بأحد الأمرين من الأرش أو الالتزام بالفسخ، وهذا أيضاً منافٍ لقاعدة التسلّط على المال؛ إذ مقتضاه سلطنته على عدم رد ما تملّكه بالمعاملة، وعدم بذل التفاوت.

والحاصل: أنّ المعارضة بين دليل اللزوم ودليل التسلّط إنّما هي بضميمة قاعدة الضرر، وإلا فلا معارضة بينهما، وإذا كان كذلك فالأمر دائر بين رفع اليد عن دليل اللزوم والحكم بالخيار، أو رفع اليد عن دليل التسلّط والحكم بالزام الغابن بأحد

---

(١) كالكاشاني في المفاتيح ٣: ٧٤.

(٢) مستند الشيعة ١٤: ٣٩٠.

الأمرين، هذا مع أنَّ قاعدة السلطنة إنَّما تجري في الأموال الخارجية، لا مثل المقام مما هو من مشغولية الذمة باعطاء التفاوت، فالمعارض لادلة اللزوم أدلة البراءة، لا أدلة السلطنة.

ثم مع تساقط الدليلين المرجع استصحاب الملكية، لا أصالة عدم اللزوم، هذا كله إنْ كان مراده تعارض الدليلين بملاحظة نفي الضرر كما هو الظاهر.

وأما لو أراد تعارض الضررين، بدعوى أنَّ اللزوم ضرر على المغبون، والأرش ضرر على الغابن ففيه أنَّ اللازم بعد تسليمه تساقطهما والرجوع إلى أصالة اللزوم.

ثم أقول: إنَّ الاحتمالات في المقام أزيد مما ذكره المصنّف‍‌ﷺ، وذلك لأنّه يحتمل أنْ يقال إنَّ مقتضى نفي الضرر تعين استرداد الزائد، بمعنى فسخ البيع بالنسبة إليه، ويحتمل تعين استرداده على وجه الغرامة، ويحتمل تخيّر المغبون بين الامضاء بكل الثمن والفسخ في الكل، ويحتمل تخييره بين الفسخ والأرش، ويحتمل الزام الغابن بأحد الأمرين من الالتزام بالأرش أو الفسخ، ويحتمل تخيير المغبون بين الفسخ وعدمه إلا مع بذل الغابن للتفاوت، بمعنى أنّه لو بذل قبل الفسخ فليس له الفسخ، ولكن للمغبون المسابقة إلى الفسخ قبل أنْ يبذل، ويحتمل الحكم ببطلان البيع، ويحتمل تخيير المغبون إلا مع بذل التفاوت ولو من أجنبي، فمع فرض جريان قاعدة الضرر في المقام يدور الأمر بين هذه الاحتمالات الثمانية، ولا يخفىٰ توجيه كل من هذه الوجوه.

ولكن التحقيق أنَّ مقتضى نفي الضرر نفي الحكم الذي يجيء من قبله الضرر، لا جبران الضرر بأي وجه حصل، وبأي نحو كان، والحكم الذي يوجب الضرر في المقام ليس إلا اللزوم، فلا بدَّ من رفعه باثبات الخيار، وأما بذل التفاوت وعدمه فليس له دخل في ايجاب الضرر، بيان ذلك:

أنَّ معنى قولهﷺ (لا ضرر) ـ بعد حمله على انشاء النفي ليعم الأحكام الوضعية، وعدم حمله على النهي ـ أنَّ الحكم الثابت للموضوع الضرري مع قطع النظر عن الضرر مرفوع عنه، لكن لا كل حكم، بل الحكم الذي يوجب الوقوع

بالضرر ويستلزم عدم التخلّص عنه بعد الوقوع، سواء قلنا إنَّ المرفوع أولاً هو الحكم؛ بأنْ يكون معناه لا حكم ضرري مجعول، أو أنّه الموضوع بلحاظ الحكم، بأنْ يكون معناه أنَّ الموضوع الضرري مرفوع الحكم؛ إذ على التقديرين يكون المرفوع هو الحكم الثابت للموضوع الضرري الذي لو لم يرفع يستلزم وقوع المكلف في الضرر من قبل الشارع، كما لو أوجب الوضوء حال الضرر، أو عدم امكان التخلّص عنه كما لو باع مغبوناً، فانّه بمجرد البيع قد وقع في الضرر، فلو أوجب الشارع عليه الوفاء لا يمكنه التخلّص عنه بالفسخ.

نعم لو لم يمكن رفع الضرر إلا باثبات حكم آخر، أو نفي حكم آخر لا دخل له بالموضوع الضرري وجب اثباته أو نفيه، مثلاً لو غصب شخص مال غيره فهذا ضرر، والشارع لا يمضيه، بل يوجب عليه الرد ويرخص للمغصوب منه اجباره على ذلك، ولو تلف المال في يده إذا تلفه يجعل ذمته مشغولة بالمثل أو القيمة، وإلا لزم الضرر، بمعنى أنَّ عدم الضرر حكم ضرري.

وإنْ شئت قلت إنَّ قاعدة الضرر قد ترفع الحكم عن الموضوع الضرري إنْ كان ذلك الحكم هو الموجب للضرر، وقد تثبت حكماً له إن كان عدم الاثبات موجباً كما في اتلاف مال الغير، فانَّ عدم جعل الضمان حكماً لهذا الموضوع يستلزم الضرر.

ثم إنَّ الموضوع إنْ كان له حكم واحد يرتفع الضرر برفعه فهو المتعين للرفع، وإنْ كان له حكمان يرتفع الضرر برفع أحدهما، فانْ كان بينهما ترتب فالمرفوع هو المتأخر، وإلا فهو أحدهما لا على التعيين، وكذا في كل مقام كان هناك حكمان أو أحكام يلزم الضرر من ثبوت الجميع ويرفع برفع أحدهما.

ففيما نحن فيه نقول إنَّ البيع المغبون فيه موضوع ضرري، وله حكمان أحدهما الصحة والآخر اللزوم، والضرر إنَّما يلزم من ثبوت كليهما، لكن اللزوم متأخر طبعاً عن الصحة، فهو المتعين للرفع، وأما بذل التفاوت فهو وإنْ كان رافعاً للضرر سواء كان من باب الغرامة، أو من باب الهبة المستقلة من الغابن، أو من بيت

المال، أو من الأجنبي إلا أنّ عدمه ليس من أحكام البيع؛ حتى يقال بأنّ ذلك الحكم مرفوع، وأنّه يجب عليه بذل التفاوت، وقد عرفت أنّ مقتضى القاعدة رفع الحكم عن الموضوع الضرري، لا جبران الضرر بأي وجه كان، فبذل التفاوت جبران للضرر، ولا دخل له بالمعاملة الضررية أصلاً، نعم لو فرض كون المعاملة صحيحة ولازمة على وجه لا يمكن تغييرهما، بأنْ قام الاجماع على الصحة واللزوم انحصر رفع الضرر حينئذٍ في اثبات الأرش، ولو كان حكماً آخر، إذ حينئذٍ يكون البيع الواقع من قبيل اتلاف مال الغير الذي لا يمكن تداركه إلا بالضمان.

وبالجملة: فشأن القاعدة رفع الحكم عن الموضوع الضرري إنْ كان الحكم الثابت له مع قطع النظر عن الضرر موجباً له، واثبات حكم آخر له إنْ كان عدم الاثبات موجباً له، فاللزوم الثابت مع قطع النظر عن الضرر لما كان هو الموجب للضرر فهو المرفوع، ولو فرض في مقام عدم امكان رفعه بأنْ قام الاجماع أو دليل آخر قطعي على اللزوم نقول حينئذٍ إنّ الموجب للضرر في هذا الفرض عدم جعل الأرش فلا بدّ من جعله حكماً للموضوع الذي هو البيع.

ومما بيّنا ظهر جواب ما يمكن أنْ يقال: كما أنّ اللزوم موجب للضرر كذلك الصحة، وارتفاعه يمكن برفع كل منهما، فما المعيِّن لكون المرفوع هو اللزوم؟! بل يمكن دعوى أنّ الصحة أولى بالرفع؛ لأنّها المحدث للضرر، وإلا فمع عدم الصحة لا ضرر أصلاً.

فانا نقول: إنّ مقتضى القاعدة اثبات كل حكم حكم إلى أنْ يصل إلى حد الضرر، فالصحة من حيث هي لا مانع منها وإنْ كانت، بل المحدثة للضرر، مع أنّ إحداثها له ممنوع، بل المحدث هو الايجاب الانشائي للبيع، وبعد الحكم بالصحة لا يمكن الحكم باللزوم؛ لأنّه ضرري، نعم لو لم يكن بينهما ترتيب أصلاً وكانا في عرض واحد جاء الاشكال، لكن المفروض تأخر اللزوم عن الصحة طبعاً، وهذا كما في مسألة الوضوء الضرري، فانّ الموجب للضرر إنّما هو ايجاب الشارع، لا حكمه بالصحة.

فانْ قلت: فعلى هذا إذا رفع الشارع الوجوب ينبغي أنْ يبقى الجواز، ويحكم بالصحة، مع أنكم لا تقولون به.

قلت أولاً: يمكن الالتزام به.

وثانياً: نقول فرق بين المقامين؛ إذ الوجوب في باب الوضوء فصل منوّع للجواز، وبارتفاعه يرتفع الجواز أيضاً، بخلاف اللزوم في المقام فانّه حكم آخر للبيع منفك عن الصحة، لا أنْ تكون الصحة منوّعة بنوعين، فليس اللزوم من أنحاء وجود الصحة، بل هما حكمان مختلفان متعددان، وقاعدة الضرر ترفع منهما ما هو الموجب له فعلاً حين ثبوته، وهو ليس إلا اللزوم؛ إذ الحصة لا تستلزم الضرر بمجرد ثبوتها إلا بلحاظ ما يتعقّبها من اللزوم، ففي الحقيقة اللزوم مؤثر، وفي باب الوضوء أيضاً لو كان للشارع حكمان مستقلان أحدهما أصل الجواز، والآخر الوجوب كنا نقول بأنّ المرفوع هو المتأخر في الزمان أو الطبع، وهو الوجوب، وأنّ المتقدّم باقٍ بحاله، لكن ليس له إلا حكم واحد إلزامي، وبارتفاعه لا يبقى شيء آخر؛ لعدم بقاء الجنس بارتفاع الفصل، هذا كله إذا قلنا إنّ المرفوع هو الحكم الذي يوجب الضرر؛ بحيث لا يمكن للمكلف دفعه عن نفسه كما في الأحكام الالزمية، وأنّ الأحكام الندبية غير مرتفعة بهذه القاعدة؛ لامكان التخلّص عن الضرر فيها، فالوضوء الندبي الضرري مثلاً غير مشمول للقاعدة.

أما إذا قلنا إنّ المرفوع بها كل حكم يقتضي الضرر ولو أمكن دفعه، بأنْ لم يكن إلزامياً، ولازمه رفع الندب، بل الرخصة عن الوضوء المستحبي وغيره من المستحبات الضررية، فيمكن أن يقال : إنّ مقتضى القاعدة ـ مع قطع النظر عن الاجماع ـ بطلان البيع الغبني؛ لأنّ امضاء الشارع له ايقاع له في الضرر، غاية الأمر أنّه يمكنه دفعه عن نفسه بالفسخ إذا لم يكن لازماً.

ومن هنا يظهر حال البيع الخياري مع قطع النظر عن الضرر، فانّ مقتضى الوجه الأول عدم ثبوت خيار الغبن فيه، ومقتضى الثاني ثبوته، والأظهر في بادىء النظر هو الوجه الأول.

ومع الاغماض عنه وعن جميع ما ذكرنا يمكن أنْ يقال إذا ثبت بقاعدة الضرر عدم لزوم البيع على ما هو عليه ودار الأمر بين رفع الصحة أو اللزوم فالمتعين هو الثاني؛ للاجماع على عدم بطلان البيع الغبني.

وكيف كان فلا يثبت الأرش في المقام لا معيناً ولا مخيراً بينه وبين الرد؛ لما عرفت من أنَّ عدمه ليس من أحكام البيع مع قطع النظر عن الضرر.

فانْ قلت: سلّمنا أنَّ مقتضى القاعدة رفع اللزوم، لا اثبات الأرش، إلا أنا نقول إذا فرض بذل الغابن له فليس يلزم من ابقاء اللزوم وعدم رفعه ضرر على المغبون، فهو موجب لوقوع المكلف في الضرر في موضوع خاص، وهو الغبن الذي لم يبذل الغابن التفاوت، وأما في صورة البذل فلا مقتضي لرفع اللزوم؛ إذ لو لم يقبله المغبون كان الضرر عليه من قبل نفسه، فغاية ما ثبت من البيانات المذكورة عدم اثبات الأرش بمقتضى قاعدة الضرر، ولازم ذلك عدم جواز اجبار الغابن على دفعه، وأما مع اعطائه باختياره فلا وجه للحكم بالخيار.

قلت: المفروض أنَّ البيع ـ من حيث هو ـ موضوع ضرري، فاللازم رفع الحكم الذي يوجب عدم التخلّص عنه، وتسجيله على الشخص؛ لأنَّه مستلزم لكون هذا الضرر من قبل الشارع، وذلك الحكم هو اللزوم، وبذل التفاوت إنَّما هو من باب الجبران لذلك الضرر، فلا يُعتنى به ؛ لأنَّ مقتضى الخبر كون الحكم الكذائي مرفوعاً وإنْ أمكن جبرانه، بل ولو انجبر فعلاً، مثلاً لو فرضنا ارتفاع القيمة بعد البيع بمقدار النقصان الموجود حينه بحيث لم يترتب على الفسخ أثر في زيادة المالية لا نقول بعدم الخيار حينئذٍ من جهة الجبران المذكور، بل نقول إنَّ له الفسخ حينئذٍ أيضاً من جهة الغبن المتحقق حين البيع، بل ولو زادت القيمة أضعافاً بحيث كان الفسخ ضرراً عليه نقول إنَّ له الخيار.

والحاصل: أنَّ الموضوع الضرري مرفوع الحكم وإنْ انجبر ضرره بوجه.

٧٢٨ ـ قولهﷺ: **(وأما الرواية الأولى ...الخ)**[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٥.

أقول: وجه كونها ظاهرة في الأموال التعبير بلفظ «السحت»، فانّه لا يطلق على الحرام من الأفعال، بل هو مختص بالأموال، قال في القاموس (السحت بالضم وبضمتين الحرام، أو ما خبث من المكاسب)[1].

٧٢٩ ـ قوله ﷺ: (فالعمدة في المسألة الاجماع ... الخ)[2].

أقول: ويمكن الاستدلال بما أشرنا إليه سابقاً من رجوعه إلى الشرط الضمني، فانّ الظاهر من مقام المعاملة والتجارة أنّ اقدامه على اعطاء العوض من باب البناء على أنّه يسوى هذا المقدار، وأنّ العوضين متساويان في المالية؛ فيكون بمنزلة اشتراط المساواة، فانّه لو علم الحال لم يقدم على بذل هذا المقدار من المال، فرضاه مقيد، لكن بنحو تعدد المطلوب، نظير ما ذكروه في مسألة خيار العيب من أنّ وصف الصحة شرط ضمني، والاقدام على المعاملة من باب البناء على السلامة.

ودعوى: أنّ البناء هناك إنّما هو من باب الاعتماد على الأصل، بمعنى الغلبة وهي غير متحققة في المقام.

مدفوعة: بأنّ اعتبار الغلبة هناك إنّما هو من جهة تصحيح المعاملة واخراجها عن الغرر والجهالة، وإلا فالخيار غير متبنٍ على ذلك، بل الوجه رجوعه إلى الشرط الضمني، فانّ مقام المعاوضة شاهد على أنّ الغرض بذل المال في مقابل الشيء الصحيح، فيكون الخيار من باب تخلّف الشرط، فتدبّر.

وكيف كان فيكفي في اثبات الخيار مجموع ما ذكر من الاجماع المحكي، وخبر تلقّي الركبان، وقاعدة الضرر، وخبر السحت، بل بقية أخبار حرمة غبن المسترسل أو المؤمن، لامكان إرادة الأعم من الغبن في المال وفي الرأي، وما ذكرنا من الرجوع إلى الشرط الضمني.

نعم آية التراضي، وحرمة الأكل بالباطل أجنبية عن المقام كما عرفت، فالتحقيق

---

(١) قاموس المحيط ١: ١٥٥، باب التاء فصل السين.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٥.

ثبوت الخيار مطلقاً حتى في صورة بذل التفاوت .

❁ ❁ ❁

○ شروط خيار الغبن

❑ الشرط الأول: الجهل بالقمية

٧٣٠ ـ **قوله**ﷺ: **(لأنّه أقدم على الضرر ...الخ)**[١].

أقول: فانْ قلت: إنّ اقدامه ليس على الضرر، بل هو من باب ادخال نفسه في موضوع ضرري، وقد بيّن في محله أنّ مجرد ذلك لا يرفع حكم الضرر، نظير شرب ما يوجب مرضه الذي يضر معه الصوم أو الوضوء، ومن أجنب نفسه متعمداً مع كونه مريضاً.

قلت: نمنع ذلك، بل يُعدُّ في العرف إقداماً على الضرر، فانَّ بذل المال في مقابل الأنقص مع العلم به إقدام على الضرر عرفاً.

ويمكن أنْ يقال: بالفرق بين ما لو كان اللزوم حكماً عرفياً قد أمضاه الشارع، أو حكماً شرعياً، فعلى الأول الاقدام على البيع الكذائي اقدام على الضرر، وعلى الثاني ليس كذلك، بل الضرر إنّما يأتي من قبل اللزوم الذي هو من مجعولات الشارع، فيكون نظير ايجاب الوضوء أو الغسل بعد المرض الذي هو بسبب المكلف عمداً، فانَّ مجرد البيع مع قطع النظر عن حكم الشارع حينئذٍ ليس ضرراً؛ لامكان فسخه في نظر العرف والمتعاقدين على الفرض، فتدبّر.

إلا أن يقال: إنّ نفس البيع الكذائي وإنْ لم يكن لازماً اقدام على الضرر؛ لأنّه بذل للزائد في مقابل الناقص، وحكم الشارع باللزوم لا يوجب الضرر، بل غاية ما يكون أنّه مانع عن تداركه، وليس مقتضى القاعدة إلا رفع الحكم الذي يوجب الضرر، لا رفع الحكم المانع من تدارك الضرر الذي جاء من قبل اقدام المكلف.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٦.

٧٣١ ـ **قوله ﴿قدس سره﴾: (بل قد يقدم برجاء ...الخ)**[1].

أقول: هذا خلاف ما فرضه أولاً؛ لأنَّ مفروضه إنَّما كان فيما إذا بنى على المسامحة على تقدير الزيادة والنقيصة، ثم إنَّ الانصاف أنَّ الشاكّ مقدم على الضرر عند العرف، فهو في حكم العالم.

ويمكن أن يقال: إنَّ المقامات مختلفة، ففي بعضها يصدق الاقدام كما إذا تسامح في مورد يكون بناء العقلاء على الفحص والمدّاقة، وفي بعضها لا يصدق كما إذا فرض كون بنائهم في مقام على الاقدام مَع البناء على نفي الاحتمال، هذا.

ولو كان شاكاً لكن اعتمد على إخبار البائع بالقيمة السوقية، فانْ حصل له من إخباره طمأنينة فلا يُعدُّ مقدِماً لو بان الخلاف، وإنْ لم يحصل له ذلك فهو مقدم ولا خيار له، إلا أنْ يرجع إلى اشتراط المساواة، فيكون له خيار تخلّف الشرط.

٧٣٢ ـ **قوله ﴿قدس سره﴾: (ففي الخيار وجه ...الخ)**[2].

أقول: الأقوى في هذه الصورة والتي قبلها ثبوت الخيار؛ لأنَّ المجموع من حيث المجموع لم يكن مُقْدِماً عليه، والاقدام على القدر المتسامح به أو غيره في ضمن الكل لا ينفع؛ لأنَّ اقدامه عليه إنَّما كان بشرط لا مطلقاً.

٧٣٣ ـ **قوله ﴿قدس سره﴾: (ويحتمل عدم الخيار ...الخ)**[3].

أقول: هذا هو الأقوى بناءً على كون المدرك قاعدة الضرر، لكن بمعنى أنَّه يسقط الخيار بزوال الضرر، لا أنْ يكون كاشفاً عن عدمه من الأول؛ وذلك لأنَّه لا يلزم من اثبات اللزوم حينئذٍ ضرر عليه من جانب الشارع، وكون الزيادة حاصلة في ملكه لا دخل له في ذلك؛ لأنَّه لا بدَّ أنْ يكون الخيار مما يندفع به الضرر، وليس كذلك في الفرض، نعم لو كان أصل المغبونية في المعاملة مما يُعدُّ ضرراً وإنْ انجبر بعد ذلك، بحيث لم يفد الفسخ في رفعه، كما لو فرض أنْ يكون له

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٧.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٦٧.

غرض عقلائي في عدم المغبونية مع قطع النظر عن حيث المالية أمكن أنْ يقال ببقاء الخيار.

والأقوى في خيار العيب أيضاً سقوطه لو زال قبل الفسخ، نعم له أخذ الأرش لأنَّ المدار فيه على قيمة الشيء حين العقد، وحيث لا أرش في مقامنا فنقول بسقوط الخيار بالمرة، هذا.

ولو قلنا بكون الخيار من باب تخلّف الشرط الضمني فالحق عدم سقوطه، والوجه واضح، وكذا إنْ قلنا بكونه من باب التعبّد من جهة الاجماع أو الاخبار.

٧٣٤ ـ قولهﷺ: **(وأشكل منه ...الخ)**(١).

أقول: يعني أنَّ احتمال عدم الخيار في هذا الفرض أقوى من السابق، وهو كذلك، بل التحقيق عدم الاشكال في العدم.

٧٣٥ ـ قولهﷺ: **(يثبت الخيار ...الخ)**(٢).

أقول: يعني إذا ارتفع الضرر قبل التقابض على ما هو المفروض.

قلت: إنْ قلنا بالسقوط بناءً على عدم وجوب التقابض فلا بدَّ من القول به بناءً على الوجوب أيضاً؛ لأنَّ المدار على كون المال المنتقل إليه مساوياً أو ناقصاً، ولا يتفاوت ذلك بناءً على القولين؛ لأنَّ المفروض أنَّ الاطلاع على الغبن إنَّما هو بعد القبض، والغرض اثبات الخيار، وإلا فلو كان قبل القبض لا حاجة إلى اثبات الخيار، سواء زال النقصان أو لا.

نعم، بناءً على وجوب التقابض ينفع الخيار، والأقوى فيه حينئذٍ السقوط إذا زال.

وبالجملة: الفرق بين القول بوجوب التقابض وعدمه إنَّما يثمر لو كان الاطلاع على الغبن قبل القبض وأُريد الفسخ حينئذٍ، وإلا فلا فرق بينهما لو كان المراد الفسخ بعده، وظاهر كلام المصنّف صورة كون الاطلاع بعد القبض؛ فلا وجه لقوله

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٧.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨.

(نعم ...الخ).

٧٣٦ ـ **قوله** ﷺ: **(ولو ثبت الزيادة أو النقيصة ...الخ)**(١).

أقول: يعني أنّ المدار في المغبونية على حال العقد، فحدوث الغبن بعدُ لا يؤثر في الخيار، وهذا لا ينافي كون زواله بعده مسقطاً له؛ لأنّ المدار على الضرر الذي كان طريق دفعه الفسخ، فاذا اندفع قبله فلا مقتضي لاثبات الخيار حينئذٍ.

فالمتحصل أنّ الموجب للخيار هو الضرر الموجود حين العقد الباقي إلى زمان الفسخ، فلا عبرة بما يحدث بعد العقد، ولا بما يزول بعده قبل الفسخ .

فانْ قلت: إذا كان القبض شرطاً في الصحة كما في الصرف والسلم فالغبن الحادث قبله كالحادث بين الايجاب والقبول، والظاهر عدم الاشكال في سببيته للخيار.

قلت: فرق بين المقامين؛ إذ مع الحدوث بين الايجاب والقبول يصدق كونه مغبوناً حال العقد وفي المعاملة، بخلاف الحادث قبل القبض وبعد تمامية العقد فانّ المعاملة العرفية تامة قبل القبض، وإنّما هو شرط شرعي، بخلاف ما قبل القبول فانّه لم يتم المعاملة العرفية، فالمناط مغبونيته حين انشاء التمليك والتملّك، لا حين حصول الملكية الشرعية.

نعم، لو فرض كون القبض من تتمات المعاملة عرفاً أمكن القول بالالحاق، لكن ليس كذلك، فانّه لا إشكال في أنّه شرط شرعي، ولذا اختص بالمقامين دون سائر البيوع، ومن المعلوم عدم الفرق بينهما وبين سائرها في نظر العرف.

٧٣٧ ـ **قوله** ﷺ: **(وقد مرَّ ذلك مشروحاً ...الخ)**(٢).

أقول: ولا يخفى عدم اتحاد طريق المسألتين، فانّ الموضوع للخيار هناك عنوان البيّع وهو صادق على الوكيل، بخلاف المقام فانّ العنوان فيه المتضرر، ويمكن منع صدقه على الوكيل، وبعبارة أخرى الخيار في المقام من جهة الضرر، فهو ثابت

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨، أشار في الهامش إلى أنّه موجود في بعض النسخ.

للمالك، وفي ذلك المقام الحكم تعبدي فيصح ثبوته للوكيل، فتدبّر.

٧٣٨ ـ قوله ﴿ﺭﺡ﴾: (لأصالة عدم العلم ...الخ)[١].

أقول: لا يخفى أنَّ الحكم غير معلّق على العلم والجهل، بل على صدق الاقدام وعدمه، فالعلم إنَّما يوجب تحقق موضوع الاقدام الذي هو مسقط للخيار، وليس نفسه مسقطاً له بما هو، وحينئذٍ فأصالة عدم العلم لا تنفع كما في عكسه، بأنْ كان مسبوقاً بالعلم، فانَّ أصالة بقاء علمه لا تنفع لعدم اثباتها الاقدام، فما ذكره إنَّما يتم لو كان العلم من حيث نفسه مانعاً عن الخيار تعبداً، والمفروض أنَّه ليس كذلك، فعلى هذا فمقتضى القاعدة عدم الخيار، لا للرجوع إلى عموم «أوفوا» أو نحوه؛ لأنَّ الشك إنَّما هو في مصداق المخصص، بل لأصالة عدم تأثير الفسخ.

فانْ قلت: مقتضى القاعدة الرجوع إلى عموم قاعدة الضرر؛ لأنَّ القدر الخارج منه صورة تحقق الاقدام.

قلت أولاً: الخارج هو الاقدام الواقع، فبالنسبة إليه أيضاً الشك في مصداق المخصص، ولا يمكن التمسك بالعموم.

وثانياً: نقول نمنع عدم عموم القاعدة، وكون الاقدام خارجاً من باب التخصيص، بل هو من باب التخصص، فانَّ معنى قوله «لا ضرر» لا حكم ضرري مجعول، فالموضوع هو الضرر الآتي من قبل جعل الشارع، وفي صورة الاقدام لا يكون الضرر من قبله، بل من قبل نفس المكلف، فصورة الاقدام خارجة عن العموم من حيث هي، فالشك في الاقدام وعدمه راجع إلى الشك في تحقق موضوع القاعدة وعدمه، فتدبّر.

٧٣٩ ـ قوله ﴿ﺭﺡ﴾: (فتأمل ...الخ)[٢].

أقول: لعل وجهه أنَّ مجرد عدم سهولة اقامة البينة، وعدم امكان الحلف لا يقتضي تقديم قول المدعي، وعلى فرضه فانَّما يتم في صورة عدم ادعاء الغابن

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٨.

للعلم بعلمه، لا مطلقاً كما هو المدعى.

٧٤٠ ـ قولهﷺ: **(إلا أنْ يقال** ...الخ)(١).

أقول: حاصله أنّ معنى تقديم الظاهر على الأصل ليس مجرد جعل مدعيه منكراً، ومقابله مدعياً حتى يجري عليهما حكم المدعي والمنكر؛ فيكون مقتضى القاعدة في المقام تقديم قول المدعي؛ لقاعدة تقديمه فيما لو تعسّر عليه اقامة البينة، بل معناه أزيد من ذلك، وهو أنّه يقدّم قوله أيضاً مع اليمين على قول المدعي ولو كان ممن تعسّر عليه اقامة البينة؛ فلا يجري عليهما حكم سائر الموارد من تقديم قول المدعي الكذائي؛ ولذا حكموا بتقديم قول مدعي الصحة مع يمينه؛ لموافقته للظاهر من حيث إنّ ظاهر حال العاقل عدم الاقدام على المعاملة الفاسدة، مع أنّ مدعي الفساد ـ الذي يكون قوله موافقاً لاصالة عدم ترتب الاثر ـ قد يكون ممن يعسر عليه اقامة البينة على سبب الفساد.

قلت: لا وجه لهذا الكلام؛ إذ لو كان تقديم قول من يوافق قوله الظاهر من باب حجية ذلك الظاهر فلا وجه لتحليفه، وإنْ لم يكن لذلك، بل من باب كونه منكراً حينئذٍ؛ لأنّ الظاهر المذكور بمنزلة الاصل التعبدي في كون من يوافقه منكراً؛ فلا بدّ من اجراء سائر احكام المدعي والمنكر عليهما.

وأما ما ذكره من تقديم قول مدعي الصحة فلا نسلّم ذلك؛ حتى في صورة تعسّر اقامة البينة على الفساد، وعلى فرضه نقول إنّ ذلك من جهة عدم اعتبار القاعدة المشار إليها من تقديم قول المدعي إذا تعسّر عليه اقامة البينة حسبما أشار إليه المصنّف بقوله (هذا مع أنّ عموم ...الخ).

فالتحقيق: عدم الفرق بين هذا المنكر وسائر أفراد المنكرين، وأنّ غاية الأمر كون الظاهر موجباً لصيرورة مدعيه منكراً، لا أزيد من ذلك، وأنّ تلك القاعدة غير معتبرة؛ لعدم الدليل عليها.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٩.

٧٤١ـ **قوله**ﷺ: **(هذا مع أنّ عموم ...الخ)**[١].

أقول: أما التي في عموم القاعدة فلما ذكرنا من عدم الدليل عليها، وأما التي في الاندارج فلامكان دعوى أنّ الغالب امكان الاطلاع على العلم وعدمه، فليس اقامة البينة متعسّرة في الغالب، فتدبّر.

٧٤٢ـ **قوله**ﷺ: **(لأصالة عدم التغيّر ...الخ)**[٢].

أقول: لا يخفى أنّها مثبتة، مع أنّها قد تكون مثبتة للخيار، وأيضاً قد لا تكون القيمة معلومة في السابق، فالأولى الاقتصار على التمسك بأصالة اللزوم، بمعنى الاستصحاب، لا بمعنى الرجوع إلى العمومات؛ لما عرفت من كون الشبهة مصداقية، وهكذا الكلام في حكم الفرعين اللاحقين، فلا تغفل.

❑ الشرط الثاني: كون التفاوت فاحشاً

٧٤٣ـ **قوله**ﷺ: **(كون التفاوت فاحشاً ...الخ)**[٣].

أقول: يظهر منه أنّ غير الفاحش يُعدُّ ضرراً أيضاً، ومع ذلك لا يشمله الحكم، وهو مشكل؛ إذ مع صدق الضرر لا وجه لعدم جريان القاعدة؛ إذ دعوى الانصراف ممنوعة كدعوى صدق الاقدام؛ إذ مجرد اقدام النوع على هذا المقدار لا يكفي بعد عدم احراز اقدام هذا الشخص المتضرر، فالحق بناءً على صدق الضرر شمول القاعدة.

لكن التحقيق أنّ مثل هذا التفاوت لا يُعدُّ ضرراً، ولا غبناً، فكون التفاوت فاحشاً معتبراً في مفهوم الغبن، وليس حاله حال الجهل بالقيمة في كونه من شرائط الحكم، على خلاف ما يظهر من المصنّف كما أشرنا إليه سابقاً[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٦٩.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٦٩.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٦٩.
(٤) تعليقة ٧٣٣.

٧٤٤ ـ قوله ﷺ: (ثم إنَّ الظاهر أنَّ المرجع ...الخ)[١].

أقول: يظهر منه ﷺ التمسك بعموم القاعدة في صورة الشك، مع أنَّه مشكل، وذلك لأنا قلنا إنَّ ما لا يتغابن الناس بمثله ليس بضرر، فمع الشك فيه لا يمكن التمسك بالعموم؛ لعدم احراز الموضوع، كما لا يمكن التمسك حينئذٍ بعموم «أوفوا» ونحوه؛ لكون الشبهة مصداقية، وإنْ قلنا إنَّه ضرر لكنه خارج عن الحكم فكذلك أيضاً؛ لأنَّ الخارج من عموم الضرر حينئذٍ هو الفرد الواقعي، ومع الشك يكون من التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية.

إلا أن يقال: إنَّ الخارج هو الضرر المعلوم تسامحهم فيه، بحيث يكون جزءً للموضوع، وهو كما ترى.

فالتحقيق: أنَّ المرجع أصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات من الاستصحاب ونحوه.

٧٤٥ ـ قوله ﷺ: (وظاهر حديث نفي الضرر ...الخ)[٢].

أقول: الحديث غير منافٍ لما هو المناط عند الاصحاب؛ إذ التضرر الشخصي غير الضرر الحالي، ومناط الاشكال كون الضرر المستفاد منه هو الضرر الحالي، فالأولى في تقرير الاشكال ما ذكره أخيراً بقوله (والحاصل أنَّ ...الخ) هذا.

والانصاف أنَّه لا وقع للاشكال أصلاً؛ إذ المدار في الضرر على ما هو كذلك مع قطع النظر عن حال المتبايعين وكونهما كثير المال أو قليله، مسامحاً فيه أو غير مسامح، غاية الأمر أنَّ الضرر الحالي أيضاً معتبر في بعض المقامات، كما في العبادات، بل لا يبعد اعتباره في المعاملات أيضاً، لا أنْ يكون المدار عليه فقط.

وأما مسألة شراء ماء الوضوء فخارجة عن القاعدة بالنص الخاص، وهو من باب تخصيص القاعدة، وأما عدم وجوب الشراء إذا أضر بحال المكلف فلأنَّه ضرر زائد على ما خرج عن القاعدة.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٧٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٧٠.

والحاصل: أنَّ مقتضى القاعدة عدم وجوب بذل المال الكثير لشراء ماء الوضوء؛ لأنَّه وضوء ضرري، لكنه ثبت بالدليل الخاص هذا التكليف، ولو فرض أداؤه إلى ضرر ـ غير هذا المقدار الخارج ـ فهو منفي بالقاعدة، ولا يحتاج إلى التمسك بقاعدة الحرج، فانَّ الضرر الحالي أيضاً من أفراد الضرر المنفي، والثابت بالدليل المخصص هو الضرر المالي، وأما الحالي فباقٍ تحت العموم.

وأما دعوى عدم كون الشراء ضرراً، بملاحظة ما بازائه من الأجر الأُخروي فهي كما ترى؛ إذ العوض لا يوجب رفع موضوع الضرر، وإلا لزم عدم جريان القاعدة في شيء من العبادات، فتدبّر.

٧٤٦ ـ **قوله**ﷺ: **(ويمكن رده بأنَّ المبيع بعد العقد ...الخ)**(١).

أقول: يمكن تصحيح هذا الوجه بأنَّ اشترطا تسليم الطعام في البلد مع الفرض الذي فرضه الموجه، فانَّ البائع حينئذٍ مغبون؛ لأنَّه يلزم عليه تسليم الطعام الذي له قيمة زائدة في المكان الذي ينقص قيمته، والمشتري مغبون لمكان شرائه بأزيد من مقدار قيمته في مكان التسليم، وهكذا الكلام في مورد اشترط تسليم المبيع في مكان يكون قيمته فيه أنقص من مكانه الأول، مثلاً لو باع مناً من حنطة بغداد بمنٍّ من تمرالكوفة على أنْ يسلّم الحنطة في الكوفة، ويسلمه الآخر التمر في بغداد، وفرض نقصان قيمة التمر في بغداد، ونقصان قيمة الحنطة في الكوفة، فانَّه يمكن فرض مغبونية كل منهما، فتدبّر.

٧٤٧ ـ **قوله**ﷺ: **(والأولى من هذه الوجوه ...الخ)**(٢).

أقول: وأولى من ذلك أن يقال : إنَّ الغبن أعم من أنْ يكون من جهة التفاوت في المالية عرفاً في حد نفسه، بأنْ يكون قيمته في حد نفسه أزيد من الثمن، وأنْ يكون من جهة لزوم ضرر على المغبون من أجل المعاملة وإنْ كانت بثمن المثل، كما لو فرض أنَّ له أمة تسوى عشرة توامين، ولها ولد يسوى خمسين، فباع الأمة بدون

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٧٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٧٥.

الولد بعشرين، وفرض أنَّ الولد يموت بالتفريق بينه وبين أُمه، فهذا البيع يوجب الضرر على البائع وإنْ كان بيعه بأزيد من ثمن المثل، فكأنَّه باع ما يسوى ستين بعشرين، والمشتري مغبون من جهة أنَّه اشترى ما يسوى عشرة بعشرين، فكل منهما مغبون.

بل يمكن أن يقال: إنَّ قيمة المال قد تختلف باختلاف الاشخاص، فالأمة المفروضة قيمتها للبائع ستين، وللمشتري عشرة.

والحاصل: أنَّه يمكن دعوى أنَّ مالية المال الواحد في المكان الواحد تختلف باختلاف الأشخاص، ومعه يمكن فرض مغبونية كل منهما في المعاملة الواحدة، فتدبّر.

❑ ظهور الغبن شرط أو كاشف

٧٤٨ ـ قوله ﷺ: (ظهور الغبن شرط شرعي ...الخ)(١).

أقول: التحقيق هو الثاني؛ وذلك لأنَّ ظاهر الأدلة ذلك، خصوصاً قاعدة الضرر؛ إذ المدار هو الضرر الواقعي.

ودعوى: أنَّه مع الجهل لا يكون الضرر مستنداً إلى الشارع، بل إلى جهله.

مدفوعة أولاً: بالنقض بما لو جهل الحكم، فانَّه لا اشكال في أنَّ العلم به ليس شرطاً شرعياً في ثبوته، بل هو كاشف عقلي.

وثانياً: بالحل بأنَّ ظاهر الحديث عدم جعل الحكم الضرري، وإنْ كان لولاه كان الشخص مقدماً عليه أيضاً، مع أنَّ الموجب للضرر في الحقيقة اعتقاد اللزوم بتخيّل عدم الموجب للخيار، فالضرر مستند إلى جعل الشارع، ولذا قلنا ببطلان وضوء الجاهل بكونه مضراً، فانَّه لولا جعل الشارع لأصل الوضوء لم يقع في الضرر، فتدبّر.

نعم، لو تمسكنا في ثبوت الخيار بالاجماع أمكن دعوى أنَّ القدر المتيقن منه ما بعد الاطلاع على الغبن، وأما خبر تلقّي الركبان فيمكن أنْ يكون تعليقه على

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٧٦.

دخول السوق من جهة عدم الطريق إلى الضرر إلا بذلك، فهو من باب الطريقية لا الموضوعية، هذا.

ويمكن دعوى كون ما ذكرنا مراد الجميع، وأنّه لا خلاف بينهم في أنّ الخيار من حين العقد، ويكون مرادهم من الظهور الذي اعتبروه الطريقية أيضاً، وهكذا الحال في خياري العيب والرؤية كما سيجيء.

٧٤٩ـ قوله ﷺ: (وعدم سقوطه ظاهر في ثبوته ...الخ)(١).

أقول: هذا ممنوع، ألا ترى أنّهم يقولون يسقط الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد، مع أنّ هذا الشرط مانع عن الثبوت، فمرادهم السقوط في محل الثبوت، ويكفي في هذا التعبير وجود المقتضي للثبوت وإنْ لم يكن فعلاً.

٧٥٠ ـ قوله ﷺ: (ولم يحكموا ببطلان التصرفات ...الخ)(٢).

أقول: لا دلالة في مجرد عدم الحكم إلا أنْ يكون المراد أنهم حكموا بعدم البطلان، ولكنه غير مراد؛ لقوله (بل صرح بعضهم ...الخ).

وأما تصريح هذا البعض بالنفوذ فلعله من جهة أنّ مذهبه عدم مانعية الخيار من جواز التصرفات ونفوذها كلية.

٧٥١ ـ قوله ﷺ: (ويؤيده أيضاً ...الخ)(٣).

أقول: التأييد ممنوع؛ إذ لعلهما فهما من الحديث كون اعتبار الدخول من باب الطريقية كما ذكرنا، ويؤيد ذلك قول العلامة في العبارة السابقة أنّ الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا، فأسند كونه من حين العقد إلى العلماء.

٧٥٢ ـ قوله ﷺ: (ولكن لا يخفى امكان ...الخ)(٤).

أقول: يعني أنّه يمكن أنْ يرفع النزاع بارجاع كل من القولين إلى الآخر، بأنْ

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٧٦.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٧٧.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٧٧.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٧٧.

يكون مراد من عبّر بكونه بعد الظهور أنّه طريق إلى ثبوته، أو يكون مراد من قال إنّ الغبن سبب مقتضٍ وإنْ كان متوقفاً على شرط متأخر، هو الظهور هذا.

ولا يخفى أنّ قوله ﷺ: (وتوضيح ذلك ...الخ) ليس توضيحاً لهذه الدعوى، بل هو تحقيق للمطلب، وفي الحقيقة اختيار للوجه الثاني.

٧٥٣ـ قوله ﷺ: (ثم إنّ الآثار المجعولة ...الخ)[١].

أقول: التحقيق أنّ جميع الآثار مترتبة على وجود الحق الواقعي، نعم قد يكون بعض الآثار معلقاً على موضوع لا يتحقق مع الجهل بالواقع، كما في التصرف المسقط، فانّ اسقاطه إذا كان من باب دلالته على الالتزام نوعاً؛ فلا يتحقق إلا بعد الاطلاع، وإلا فأصل المسقطية لا يتفاوت على التقديرين إذا تحقق الدلالة على الالتزام، بل يمكن تحقق الدلالة مع الجهل أيضاً؛ فعدم السقوط حال الجهل إنّما هو من جهة عدم الكشف عن الالتزام غالباً، لا من جهة أنّه يشترط في كونه مسقطاً الفعلية من حيث هي، هذا إذا قلنا إنّ التصرف مسقط من باب الدلالة المذكورة، وإنْ قلنا بكونه مسقطاً تعبداً فلا فرق كما لا يخفى.

وأما التلف فاتفاقهم على كونه من المغبون إذا كان قبل الاطلاع، إنّما هو من جهة أنهم يخصون قاعدة التلف[٢] في زمن الخيار بغير هذا الخيار، وأما من قال بجريان تلك القاعدة في هذا الخيار فلا نسلم أنّه أيضاً قائل بكونه من المغبون، ولو سلمنا فلا نسلم أنّه ممن يقول بكون الخيار من حين العقد، فلعله قائل بكونه من حين الظهور.

وبالجملة: فالاتفاق المذكور على فرض تسليمه تقييدي فانّ المتفقين بين من يقول بكون القاعدة مختصة بغير المقام، وبين من يقول بكون الخيار في المقام من حين الظهور، وإلا فلم يعلم اتفاقهم على كونه من المغبون وإنْ قلنا بكون الخيار من حين العقد، وقلنا بعموم القاعدة، فلا تغفل.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٧٨.

(٢) وفي نسخة «ب» (قاعدة لتلف التخلف).

وأما التصرفات الناقلة ـ التي جعلها المصنفﷺ من المتردد بين الأمرين ـ فالحق فيها أيضاً أنها مترتبة على الوجود الواقعي لو قلنا بالمنع عنها، ولا خصوصية للمقام، فانَّ الوجه في المنع تعلّق حق ذي الخيار، وهو موجود.

وأما حكم بعض من منع من التصرف في زمان الخيار، بمعنى التصرفات الواقعة من المغبون قبل العلم فلعله من جهة أنَّه يجعل الخيار من حين الظهور، وعلى فرض قوله بالمضي مع جعله الخيار من حين العقد فلا حجية في قوله (والايراد وارد عليه)؛ لأنَّ المناط في المنع معلوم، وهو شامل للمقام بالفرض، فمجرد قول ذلك البعض لا يوجب التردد كما هو واضح.

فظهر أنَّ التشقيق الذي ذكره المصنّف وجعله الآثار أقساماً ثلاثة لا وجه له، فتدبّر.

○ مسقطات خيار الغبن:

❑ المسقط الأول: اسقاطه بعد العقد

٧٥٤ـ قوله ﷺ: (ففي السقوط وجهان ...الخ)[1].

أقول: ويحتمل الفرق بين ما لو احتمل الزيادة فيسقط، وما لم يحتمل فلا.

والتحقيق: الفرق بين كونه بنحو الداعي والتقييد، ففي الأول يسقط دون الثاني، والمسألة سيالة في غير المقام أيضاً، بل الأمر كذلك في مسألة حق العِرْض الذي زعمه شتماً، فبان قذفاً، وإن كانا حقين مختلفين، فانّه لو أسقط ما عليه بداعي أنّه شتم فبان قذفاً فانّه يسقط، ولو أسقطه بقيد أنّه شتم فبان قذفاً فلا، والوجه واضح؛ فلا فرق بين تعدد الحقين نوعاً، كما في هذه المسألة، أو فرداً كما في مقامنا.

٧٥٥ـ قوله ﷺ: (وهذا هو الأقوى ...الخ)[2].

أقول: بل الأقوى هو الوجه الأول بعد فرض الانصراف، فانّه لو كان للاطلاق منصرف يكون الفرد المنصرف إليه مصباً للصلح، وهو غير منطبق على الموجود، فينبغي بطلانه ولا مجرى فيه لخيار الغبن.

نعم، لو كان الانصراف على وجه تعدد المطلوب فاللازم اثبات الخيار، إما للغبن، وإما تخلّف الشرط الضمني، والأقوى هو الثاني؛ لأنّه قد يكون الصلح المذكور مبنياً على المحاباة دون المغابنة فلا يجري فيه خيار الغبن.

نعم لو لم يكن للاطلاق منصرف، لكن كان متعقداً للنقيصة فتبيّن الزيادة ففي هذه الفرض يأتي الوجوه المذكورة في كلام المصنّف ﷺ، والحق فيه الفرق بين الداعي والتقييد، فعلى الثاني يبطل، وعلى الأول يصح الأول ويأتي فيه خيار الغبن بناءً على عمومه كما سيأتي[3]، لكن إذا كان الصلح مبنياً على المغابنة، والأولى ما

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨٠، وفي نسخة أخرى «ففي السقوط اشكال».

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٨١.

(٣) تعليقة ٧٩٧.

عرفت من جريان خيار تخلّف الشرط كما لم يكن مبنياً على المغابنة، هذا إذا قلنا إنّه يرجع إلى الشرط الضمني، وإلا فمع عدم رجوعه إلى الشرط الضمني فمقتضى القاعدة الصحة واللزوم، فتدبّر.

٧٥٦ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمل** ...الخ)[١].

أقول: لعله إشارة إلى ما ذكرنا من أنّه إذا كان المفروض أنْ يكون للاطلاق[٢] منصرف فمقتضى القاعدة البطلان، ويحتمل أنْ يكون إشارة إلى أنّ الحق الذي يصالح عنه هو الخيار، وهو معلوم العين، مجهول المالية، فيكون الغبن فيه هو الغبن في سائر المقامات من حيث كونه للجهل بمقدار المالية، فلا حاجة إلى الالحاق الحكمي، فتدبّر.

٧٥٧ـ **قوله**ﷺ: **(ولا يقدح عدم تحقق شرطه** ...الخ)[٣].

أقول: لا يخفى أنّه بناءً على كون الخيار من حين العقد يرد اشكال كونه اسقاطاً لما لم يتحقق، فينافي الجزم المعتبر في العقود، ويوجب التعليق، وعلى كونه من حين ظهور الغبن، وكونه شرطاً شرعياً في حدوث الخيار يرد هذا الاشكال، واشكال آخر وهو أنّه من قبيل اسقاط ما لم يجب.

والجواب عن الاشكال الأول الذي أشار إليه المصنّف بقوله (ولا يقدح في المقام أيضاً كونه ...الخ) هو ما ذكره المصنّف، وحاصله أنّ التعليق على الواقع لا مانع منه، والجزم ساقط في صورة الاحتمال وانشاء المعاملة بناءً على وجود المحل.

وعن الثاني أولاً: بما ذكره المصنّف من أنّ هذا المقدار من التحقق يكفي في صحة الاسقاط.

وثانياً: أنّ اسقاط ما لم يجب إنّما يكون باطلاً بحكم العقل فيما إذا أُريد اسقاطه

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨١، هذه كذلك في بعض النسخ.
(٢) في الاصل لفظ «في» هنا والظاهر زيادتها.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٨٢.

قبل وجوده، وأما إذا أُريد اسقاطه في محل ثبوته وفي زمان وجوده فلا مانع منه، ففي المقام إنّما يسقط قبل ظهور الغبن الخيار الذي يأتي فيما بعد الظهور، وهذا لا بأس به، والاجماع على بطلان التعليق يشمل[1] المقام، فتدبّر.

٧٥٨ ـ قوله ﷺ: (فالاولى ضم شيء ...الخ)[2].

أقول: الظاهر صحة الصلح عن الحق المحتمل بعوض؛ فلا يحتاج إلى ضم شيء؛ إذ في الحقيقة العوض مقابل المحتمل بوصف أنّه محتمل، لا الحق الواقعي حتى ينكشف البطلان على تقدير عدمه.

والتحقيق: أنّه قد يكون العوض في مقابل الحق الواقعي على فرض وجوده، ولازمه البطلان مع عدمه، وقد يكون في مقابل احتمال الحق في الواقع، بمعنى أنّه يأخذ العوض عن تجاوزه عن الحق على فرض وجوده، وهذا لا بأس به، ثم إنّ المضر عدم وجوده في الواقع، لا الجهل بوجوده، فما لم ينكشف الخلاف يحكم بالصحة، فتأمل.

❑ المسقط الثاني: اشتراط سقوطه

٧٥٩ ـ قوله ﷺ: (من الجهات المذكورة هنا ...الخ)[3].

أقول: وهي لزوم التعليق، وعدم الجزم، وكونه من اسقاط ما لم يجب، وأما الوجوه المتقدمة فهي واضحة من الرجوع إلى خيار المجلس.

٧٦٠ ـ قوله ﷺ: (مع احتمال الصحة هناك أيضاً ...الخ)[4].

أقول: هذا هو الأقوى كما سيأتي[5] مفصلاً؛ لأنّ رفع الغرر في بيع العين الغائبة ليس من أجل اشتراط الأوصاف، بل من جهة الاطمئنان بوجودها، فبطلان

---

(١) هكذا في الاصل.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٨٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٨٣.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٨٤.
(٥) ج ٣، تعليقة ٤٦ وما بعدها.

الاشتراط لا يوجب الغرر، هذا أولاً.

وثانياً: نقول بعدم بطلان الاشتراط لعدم التنافي حسبما بيّنه المصنّف؛ لامكان بقاء الاشتراط مع الالتزام بعدم الخيار عند التخلّف، وذلك لأنَّ خيار التخلّف ليس راجعاً إلى جعل المتعاقدين، وإلا رجع إلى خيار الشرط، بل هو حكم تعبدي من الشارع أو العرف في موضوع الاشتراط، وسيأتي تمام الكلام.

٧٦١ ـ **قوله ﷺ: (فتأمل ...الخ)**(١).

أقول: إشارة إلى ما يبيّنه بعد ذلك من التنافي، وكونه راجعاً إلى التناقض، وأنَّه يبطل الاشتراط الرافع للغرر فيعود الغرر.

❑ المسقط الثالث: التصرف المغبون

٧٦٢ ـ **قوله ﷺ: (الثالث تصرف المغبون ...الخ)**(٢).

أقول: لو كان التصرف بعنوان الالتزام بالبيع بحيث يرجع إلى الاسقاط الفعلي فلا اشكال في كونه مسقطاً، سواء كان قبل الاطلاع على الغبن أو بعده، وأما إذا لم يكن كذلك فانْ كان قبل الاطلاع فلا اشكال في عدم كونه مسقطاً، بل الظاهر اجماعهم عليه كما اعترف به المصنّف، ويدل عليه ـ مضافاً إلى الاجماع ـ شمول الأدلة، من قاعدة الضرر، وخبر تلقّي الركبان، وقاعدة تخلّف الشرط، ونحو ذلك.

وإنْ كان بعد الاطلاع فالتحقيق أيضاً عدم كونه مسقطاً؛ لعدم الدليل عليه، وما ذكره المصنّف من اطلاق بعض معاقد الاجماعات ممنوع، إذ القدر المتيقن من الاجماع ما إذا كان التصرف بعنوان الالتزام والرضا بالبيع، وأما عموم العلة في خبر خيار الحيوان ففيه ما عرفت سابقاً(٣).

وأما دعوى: أنَّ المدرك لخيار الغبن إما الاجماع أو قاعدة الضرر، والأول غير ثابت، والثاني لا تجري في المقام؛ لانتفاء الضرر، فكما أنَّها لا تجري في صورة

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨٤.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٨٤.

(٣) تعليقة ٦٣٤.

الاقدام، فكذا في صورة الرضا بعد البيع.

فمدفوعة: بأنّ الاجماع قائم في المقام أيضاً على أصل الثبوت، وإنّما الكلام في السقوط بالتصرف، فلا بدّ من اقامة الدليل على كونه مسقطاً، وإلا فالاصل بقاؤه، وأما قاعدة الضرر فهي أيضاً جارية؛ إذ المفروض عدم الالتزام وعدم الرضا بالبيع، نعم مع كون التصرف بقصد الالتزام والرضا لا اشكال ولا حاجة إلى دعوى عدم الضرر، أو قصور الدليل كما هو واضح.

٧٦٣ ـ **قوله**ﷺ: **(فتأمل ...الخ)**[١].

أقول: لعله إشارة إلى كون الشك في المقتضي، أو الموضوع فلا يجري الاستصحاب.

٧٦٤ ـ **قوله**ﷺ: **(ويؤيد ذلك ما اشتهر ...الخ)**[٢].

أقول: لم أفهم وجه التأييد، مع أنّ وجه كون التصرف قبل العلم بالعيب مسقطاً ليس كونه دالاً على الرضا؛ لعدم الدلالة، بل إنّما هو النص الخاص الذي سيجيء في خيار العيب من أنّه إذا لم يكن المبيع قائماً بعينه لا رد، من غير فرق بين ما قبل العلم وما بعده، ولو كان التصرف غير موجب لعدم القيام بأنْ لم يكن ناقلاً ولا مغيراً نمنع كونه مسقطاً كما سيجيء إنْ شاء الله[٣].

٧٦٥ ـ **قوله**ﷺ: **(من تسليم كون التصرف دليلاً على الرضا ...الخ)**[٤].

أقول: لا يخفى أنّه لو كان المدار في التصرف المسقط على هذا لم يحتج إلى الاتعاب في التمسك باطلاق معاقد الاجماع، أو بعموم التعليل في خيار الحيوان كما أشرنا إليه مراراً، فانّه على هذا يكون من الاسقاط الفعلي الذي هو كالقولي بمقتضى القاعدة؛ إذ الناس مسلطون على حقوقهم كتسلطهم على أموالهم.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٨٥.
(٣) ج ٣ تعليقة ١١٥.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٨٧.

❑ المسقط الرابع: التصرف المخرج عن الملك

٧٦٦ـ **قوله**ﷺ:(**تصرفاً مخرجاً عن الملك** ...الخ)[١].

أقول: ما مرّ[٢] في الأمر الثالث من دعوى الاجماع على عدم مسقطية التصرف قبل الاطلاع إنّما كان في التصرف الغير المتلف وما بحكمه، والمقصود في هذا الأمر بيان حال المتلف وما بحكمه.

والتحقيق فيه أيضاً عدم السقوط، خلافاً لما نقل المصنّف عن المشهور من الحكم بالسقوط، وحاصل ما ذكروه في وجه السقوط أُمور:

أحدها: ظهور الاجماع، كما يظهر من كلام الشهيد في الروضة، حيث قال (إنّ الحكم بعدم السقوط حسن إنْ لم يكن الحكم اجماعاً)[٣].

وفيه: ما ذكره المصنّف من أنّ الظاهر عدمه.

الثاني: أنّ العمدة في مدارك الخيار قاعدة الضرر، وقد أقدم عليه بالتصرف.

وفيه: أنّ التصرف قبل العلم ليس اقداماً، ولا بمنزلته.

الثالث: أنّ الضرر معارض بتضرر الغابن بقبول البدل.

وفيه: ما ذكره المصنّف توضيحاً لكلام الشهيد، من أنّ المبيع إنْ كان مثلياً فلا ضرر بتبدله بمثله، وإنْ كان قيمياً فتعريضه للبيع يدل على إرادة قيمته، فلا ضرر في أخذ البدل، فضلاً عن أنْ يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة.

ويعد عدم تمامية هذه الوجوه لا وجه للحكم بالسقوط؛ إذ لو أغمضنا عن شمول الأدلة من قاعدة الضرر، وخبر تلقّي الركبان[٤]، وخبر غبن المسترسل[٥]

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٨٧.

(٢) تعليقة ٧٦٢.

(٣) لم أعثر عليها.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٦ من ابواب آداب التجارة.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب آداب التجارة، ح ٧.

ونحوها، فلا أقل من الاستصحاب.

والتحقيق: عدم الفرق في المغبون بين البائع والمشتري، كما أنا لو أخذنا بمقالة المشهور أيضاً نقول لا فرق إلا أنْ يكون المدرك في السقوط الاجماع، فانَّ القدر المتيقن منه حينئذٍ كون المغبون هو المشتري، لكن نظرهم ليس إليه، فالظاهر عدم الفرق بناءً عليه كما على المختار.

٧٦٧ـ **قوله**ﷺ: **(ثم إنَّ ظاهر التقييد بصورة ...الخ)**[١].

أقول: بناءً على ما اخترنا من عدم السقوط فلا اشكال في هذه الفروع، وأما بناءً على المشهور فالتحقيق في جميع هذه الفروع الحكم بعدم السقوط أيضاً، لأنَّ العمدة في مدرك المشهور دعوى الاجماع، والقدر المتيقن منه غير هذه الموارد.

نعم، لو جعلنا مدركهم تعارض الضررين أو الاقدام فيختلف الحال، ففي بعضها ينبغي الحكم بالسقوط، وفي بعضها بالعدم كما لا يخفى، وحيث إنَّ التحقيق عدم صحة مقالتهم فلا يهمنا تفصيل الحال بالنسبة إلى كل واحد منها.

٧٦٨ـ **قوله**ﷺ: **(وأما تصرف الغابن ...الخ)**[٢].

أقول: تصرف الغابن على أقسام؛ لأنَّه إما بالنقل اللازم، أو ما بحكم النقل كالعتق والوقف والاستيلاد، وإما بالنقل الجائز وما بحكمه، وإما بالتغيير بالنقيصة، وإما بالتغيير بالزيادة، وإما بالامتزاج، ولا اشكال في حكمها من حيث سقوط الخيار وعدمه، فانَّ شيئاً منها لا يسقط الخيار، وإنَّما تعرّض المصنّف لحكمها من جهة أُخرى، وهي كيفية استرداد العين بعد الفسخ، وهذه الجهة لا دخل لها بما نحن فيه، فانَّه لا فرق بين خيار الغبن وسائر الخيارات الغير الساقطة بالتصرف في ذلك، وهذا من جملة أحكام الخيار، والمناسب التعرّض له في أحكام الخيار، لكن بعض الفقهاء تعرّض له في هذا المقام فتبعه المصنّف في ذلك، وإلا فالأولى إيكاله إلى ذلك المبحث.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩١.

٧٦٩ـ **قوله ﷺ: (و هذا هو الأقوى** ...الخ)[١].

أقول: يعني أنَّ الأقوى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث.

قلت: هو كذلك، لكن للوجه الأول من الوجهين، وهو أنَّه لا مانع من تصرف غير ذي الخيار في زمان الخيار كما سيجيء في أحكام الخيار؛ إذ حق الخيار متعلق بالعقد، لا بالعين حتى يكون من قبيل حق الرهانة وحق الشفعة، نعم لو جعلناه متعلقاً بالعين فمقتضى القاعدة منعه من التصرف، وعدم نفوذه من الأول إلا باذن من له الحق، هذا.

وأما الوجه الثاني ـ وهو عدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن ـ فقد عرفت عدم تماميته، وأنَّ التحقيق أنَّ الظهور كاشف عقلي، لا شرط شرعي، مع أنَّ محل الكلام أعم مما كان قبل الظهور وبعده، فهذا الوجه أخص من المدعى.

٧٧٠ـ **قوله ﷺ:(ويحتمل هنا تقديم** ...الخ)[٢].

أقول: يعني أنا لو قلنا إنَّ مثل البيع والعتق ونحوهما لا يبطل الفسخ يمكن أنْ نقول ببطلان الاستيلاد به، وذلك لتقدم سبب الخيار عليه فيعمل بأسبق السببين.

قلت: لا وجه للفرق؛ إذ هذا الاحتمال إنَّما يتمشّى إذا جعلنا حق الخيار متعلقاً بالعين بأنْ يكون له في العين الخارجية حق الاسترداد، ومعه فلا بدَّ من القول ببطلان البيع والعتق أيضاً، وأما لو جعلناه متعلقاً بالعقد فكما أنَّ لازمه نفوذ البيع والعتق؛ إذ ليس له إلا فسخ العقد، وحينئذٍ فانْ وجد العين أخذها، وإلا انتقل إلى البدل، فكذلك بالنسبة إلى الاستيلاد، وبالجملة لا فرق بين الاستيلاد والبيع في ذلك.

٧٧١ـ **قوله ﷺ: (إنَّما يتم مع كون العين** ...الخ)[٣].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩٢.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٣.

أقول: يمكن أنْ يقال : إنَّ العين وإنْ لم تكن باقية على ملك المغبون كما في بدل الحيلولة في سائر المقامات؛ حيث إنها باقية على ملك مالكها إلى حين أخذ البدل، إلا أنا نقول إذا فسخ العقد يعتبر العين في ملكه أولاً، ثم يؤخذ البدل حتى في صورة التلف أيضاً يعتبر دخول العين في ملكه أولاً ثم ينتقل إلى البدل، بمعنى أنَّه يؤخذ منه عوضاً عن العين؛ وذلك لأنَّ معنى الفسخ حل العقد الواقع على العوضين، فلا بدَّ من اعتبار عودهما إلى مالكهما الأول، وإلا فلو قلنا إنَّ الفسخ يقتضي ملك البدل أولاً يلزم عدم كونه حلاً للعقد، بل معاملة مستقلة.

والحاصل: أنَّ مقتضى الفسخ عود نفس العوضين إلى مالكيهما ولو بحسب الاعتبار، لا عود بدلهما، وهذا نظير باب الضمانات على التحقيق الذي اخترناه، من أنَّ نفس العين التالفة في ذمة المتلف إلى حين أخذ البدل، سواء ذلك في المثليات والقيميات، ولازمه أخذ قيمة العين يوم أخذ البدل، وفي المقام أيضاً إذا فسخ العقد ولم يأخذ البدل إلى أنْ تبدلت قيمته إلى الزيادة يستحق أخذها، كما أنَّه لو تبدلت إلى النقيصة ليس عليه إلا القيمة حال الأخذ، ومقتضى الانتقال إلى البدل من حين الفسخ اعتبار قيمة يوم الفسخ، وإذا كان كذلك فاللازم على الغابن دفع نفس العين إنْ أمكن ولو بالفسخ أو بالاقالة في العقد اللازم، بل بالشراء إذا أمكن، ولم يكن ضرراً ولا حرجاً، فنحن نمنع تملّك المغبون للبدل قبل أنْ يأخذه؛ حتى يقال إذا تملّكه فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

اللهم إلا أنْ يقال: سلّمنا أنَّ العائد إليه أولاً نفس العين، بمعنى أنَّها تعتبر موجودة ومنتقلة إليه بسبب الفسخ، إلا أنَّ الغابن ليس مكلفاً بردها حتى يلزم تحصيلها، بل المغبون إنْ وجد عين ماله أخذها، وإلا طلبها من الغابن، بمعنى مطالبة بدلها، وإلا فليس له مطالبة نفسها؛ لعدم اشتغال ذمته بها.

وفيه: أنَّ عدم الشغل إنَّما هو في صورة بقائها حقيقة؛ لانتقالها بوجودها الخارجي إلى الفاسخ، وأما مع تلفها فتعتبر موجودة في ذمة الغابن؛ إذ لا وجود لها في الخارج حتى يقال إنَّ المغبون مالك للمال الخارجي لا في ذمة أحد، فظرف

وجودها الاعتباري إنّما هو عهدة الغابن وذمته، فيجوز مطالبة نفسها، غاية الأمر أنّه مع عدم امكان تحصيلها لا يجب عليه بعد مطالبتها إلا دفع بدلها، فالمغبون في جميع الأوقات مطالب لنفس العين؛ إذ هي المملوكة له بالفسخ أولاً، ولا انتقال إلى البدل إلا حين الأخذ، وبشرط الأخذ، فتدبّر.

٧٧٢ـ **قوله**ﷺ: **(لأنه ملك جديد تلقّاه** ...الخ)[١].

أقول: محصل كلامهﷺ أنّه لو أعاد الملك إلى الغابن بالفسخ يمكن أنْ يؤثر فسخ المغبون في رجوعه إليه إذا كان قبل أخذ البدل، بخلاف ما إذا عاد إليه بالعقد الجديد، والوجه في الفرق أنّ الفسخ إنّما يعيد الملكية السابقة بجعل السبب الناقل كالعدم، ففيما كان العود إلى الغابن بالفسخ يمكن اعادته الملكية السابقة؛ لأنّ فسخه اعادة ملكيته السابقة، ففسخ المغبون أيضاً يعيد ملكيته السابقة، وفيما كان بالعقد الجديد لا يمكن ذلك ؛ لأنّ الغابن ليس مالكاً بالملكية السابقة؛ ليوجب إزالة المغبون للسبب الناقل إلى الغابن إعادة ملكيته السابقة، بل هو مالك بالملكية الجديدة، وفسخ المغبون لا يؤثر في إزالة هذه الملكية.

إذا عرفت ذلك فقوله ﷺ (والفاسخ إنّما يملك بسبب ...الخ) يمكن أنْ يكون بياناً للفرق؛ بجعل المراد من الفاسخ الغابن الفاسخ للعقد الثاني، يعني أنّ ملكيته إنّما هي بالسبب السابق بعد ابطال الفسخ للعقد الناقل، فيمكن تأثير فسخ المغبون في اعادة ملكيته السابقة أيضاً، بخلاف الغابن المالك بالعقد الجديد، ويمكن أنْ يكون علة لعدم العود إلى المغبون إذا كان العود إلى الغابن بالعقد الجديد، بأنْ يكون المراد من الفاسخ المغبون، يعني أنّ المغبون لا بدّ وأنْ يملك بالسبب السابق بعد ابطاله العقد الأول بالفسخ، وفي هذه الصورة لا يمكن؛ لأنّ ملكية الغابن ملكية جديدة، ففسخ المغبون لا يمكن أنْ يؤثر فيها.

وبالجملة: مصداق الفاسخ إما الغابن فيكون بياناً للفرق، وعلة الحكم مستفادة من الخارج، وإما المغبون فيكون علة للحكم وبيان الفرق معلوم من الخارج،

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٣.

فتدبّر.

ثم أقول: التحقيق عدم الفرق وأنَّ مقتضى القاعدة وجوب الرد مطلقاً، سواء كان العود بالفسخ أو بعقد جديد؛ وذلك لأنَّ مقتضى الفسخ عود ما وقع عليه العقد إلى مالكه، والانتقال إلى البدل إنَّما هو للحيلولة، فما دامت موجودة وجب رد نفسها، وإنْ كانت بملكية جديدة، ففسخ المغبون إنَّما يؤثر في رفع العقد الأول، وإعادة العين من هذا الحين إليه؛ فيجب على الغابن ردها إليه إذا كانت موجودة، ورد بدلها إذا لم تكن موجودة من حيث إنها حينئذٍ بدفع بدلها، لا من جهة اشتغال الذمة بالبدل من الأول؛ لما عرفت من أنَّ العائد على أي حال نفس العين، وكيف كان فلا فرق في وجودها بين كونها باقية على الملكية السابقة أو كونها بملكية جديدة.

والحاصل: أنا نقول إنَّ الفسخ يوجب عود الملكية السابقة للمغبون من حينه، لا من الأول، وإذا عادت الملكية وعادت العين وجب ردها إليه، وتخلل ملك الغير في البين لا يمنع عن عود الملكية السابقة [للمغبون من حينه، لا من الأول، وإذا عادت الملكية وعادت العين وجب ردها][1]، سواء كانت باقية على ملك الغير أو زائلة بالفسخ أو بعقد جديد، وهذا على ما اخترناه سابقاً من وجوب تحصيل العين بأي وجه كان من الفسخ أو الاقالة أو الشراء أو نحو ذلك واضح.

وعلى الوجه الآخر أيضاً نقول لما كان العائد بالفسخ نفس العين ـ بمعنى أنَّه يعتبر ملكية الفاسخ لها حين الفسخ ـ فانْ كانت موجودة وجب ردها، وإنْ كانت مفقودة ولو من جهة النقل اللازم لا يجب تحصيلها، فوجوب ردها على هذا القول مشروط بوجودها في ملكه من غير فرق بين كون ملكيته لها هي الملكية السابقة أو غيرها.

وأما على ما اخترناه فوجوب ردها مطلق، لا مشروط، فعلى أي حال مع وجودها يجب ردها بنفسها.

---

(١) ما بين القوسين ساقط من نسخة «ب».

٧٧٣ ـ **قوله**ﷺ: **(فامّا أنْ يكون نقصاً يوجب الأرش ...الخ)**[١].

أقول: الظاهر أنّ مراده بالنقص الموجب للارش ـ حدوث عيب في العين بسبب التصرف وبالنقص الغير الموجب له ـ فوات سائر الأوصاف الكمالية وإنْ كانت منقصة للقيمة، هذا.

ولا يخفى أنّه لا اختصاص لهذا الحكم بخيار الغبن، بل يجري في سائر الخيارات، ولا بالنقص بسبب التصرف، ولا بخصوص الغابن، بل لا بدَّ من التكلّم في أنّ النقص الحاصل في أحد العوضين بالآفة السماوية أو بفعل المفسوخ عليه أو بفعل الأجنبي هل هو مضمون على المفسوخ عليه؟ بمعنى أنّه يجب عليه رد العين على ما كانت عليه حال العقد أو لا؟ بل الواجب عليه ردها على ما هي عليه حين الفسخ، وكون النقص بسبب التصرف أو غيره لا دخل له في ذلك، كما أنّه لا فرق بين فوات وصف الصحة وغيرها؛ إذ لا فرق بينه وبين سائر الأوصاف في عدم المقابلة بالعوض في المعاملة، وفي كونها مقومة بالمال وموجبة لزيادة العوض في المعاملة، والمسألة مبنية على أنّ الفسخ هل هو موجب لرجوع العين على ما هي عليه حين البيع، ولازمه ضمان كل وصف فائت بأي وجه كان، أو رجوعها على ما هي عليه حال الفسخ، ولازمه عدم ضمان شيء من الاوصاف؛ لأنّها قد فاتت في ملك المفسوخ عليه؛ فلا وجه لضمانه لها، هذا.

والذي يقتضيه النظر عاجلاً الأول؛ لأنّ معنى الفسخ حل العقد وإعادة كل من العوضين على ما هما عليه حين العقد إلى ملك مالكه الأول من حين الفسخ، فكما أنّه ضامن لنفس العين إذا كانت تالفة، فهو ضامن لجميع أوصافها التي لها مالية؛ بحيث لو كانت فائتة في يد الغاصب كان ضامناً لها.

ومن ذلك يندفع ما يقال من أنّه لا معنى لضمان المفسوخ عليه لما فات تحت يده من ماله؛ وذلك لأنّ العين أيضاً كانت ماله، فكما أنّ مقتضى الفسخ ضمانه لها

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٤.

فكذا أوصافها من غير فرق بين وصف الصحة وغيرها، هذا ولعلنا نتكلّم على هذا المطلب مفصلاً فيما سيأتي من أحكام الخيار إنْ شاء الله تعالى.

ولكن الظاهر عدم التزام الفقهاء بما ذكرنا، فانّهم ذكروا في باب الفلس أنّه لو وجد بائع العين عين ماله معيباً أنّه إما أنْ يكون العيب مما قد استحق المفلّس أرشه؛ كأنْ كان بفعل أجنبي، أو لا بأنْ كان من فعل الله، أو من فعل المفلّس، فعلى الأول يرجع بعين ماله ويضرب بالارش مع الغرماء، وعلى الثاني يكون مخيراً بين الأخذ بالثمن أو الضرب به مع الغرماء، وليس له على الأول أرش النقصان.

نعم، ذهب بعضهم كالعلامة في المختلف[1]، والمحقق والشهيد الثانيين إلى ثبوت الارش في هذه الصورة أيضاً، وفي الجواهر أنّ مقتضى الضوابط عدم الارش حتى في الصورة الأولى.

والحاصل: أنّ البائع إذا أراد الرجوع بعين ماله ففي استحقاقه أرش العيب عندهم أقوال ثلاثة، المشهور على التفصيل بين كون العيب من أجنبي بحيث يستحق المفلّس عليه الأرش فيرجع البائع به، وبين كونه بفعل الله أو بفعل المفلّس فلا، والجماعة المذكورة على الاستحقاق مطلقاً، وصاحب الجواهر على عدمه مطلقاً.

والتحقيق: عدم الفرق، وأنّه مستحق له مطلقاً؛ لما عرفت من أنّ مقتضى الفسخ عود العين على ما كانت عليه حين البيع، نعم لو قلنا بمقالة ابن الجنيد من أنّه ليس للبائع فسخ العقد، بل إنّما له أخذ العين بقيمتها الفعلية عوضاً عن دينه، وأنّه مقدم على الغرماء بهذا المعنى، فلا محل لأخذ الأرش، ولا دخل له بما نحن فيه من مسألة الفسخ.

ثم إنّ اقتصارهم على مسألة العيب وذكرهم الأقوال المذكورة فيها ظاهرة في أنّه لو فات سائر الاوصاف فلا شيء له، وبادىء النظر يقتضي ما عرفت إلى أنْ نتأمل ونتعرّض لها فيما سيأتي إنْ شاء الله، هذا كله في فوات الوصف.

وأما تلف بعض العين فلا اشكال في ضمانه، فيرد البعض الموجود، ويغرم

---

(١) المختلف ٥: ٣٥٦.

البعض التالف، ونقصان قيمة البعض الموجود إنْ فرض نقصه بالتبعيض كما في تلف أحد مصراعي الباب، لكن هذا على البناء الذي ذكرنا من ضمان كل نقص.

٧٧٤ ـ قولهﷺ: **(ومنه ما لو وجد العين مستأجرة ...الخ)**(١).

أقول: مقتضى البيان الذي ذكرنا ضمانه نقص العين بسبب كونها مسلوبة المنفعة في المدة الباقية؛ لأنَّ مقتضى الفسخ رجوع العين إليه كما كانت حين العقد، وأما ما ذكره المحقق القمي﵀ من الانفساخ فلا وجه له؛ لأنَّه إذا ملك العين آناً ما فقد ملك جميع المنافع المتصورة لها إلى الأبد، فيجوز له اجارتها، وعقد الاجارة لازم مقتضى الادلة العامة والخاصة.

فانْ قلت: إذا كان مالكاً للمنافع إلى الأبد، ويجوز له استيفاؤها، والمفروض أنَّه استوفاها بالاجارة فلا وجه لضمانه لها، إذ المنافع المستوفاة قبل الفسخ ليست مضمونة قطعاً.

قلت أولاً: إنا لا نقول بضمان المنافع، بل نقول بضمان النقص الحاصل بسبب مسلوبية العين عنها.

وثانياً: أنَّ بعض تلك المنافع واقعة في حال ملكية الفاسخ، فهي وإنْ كانت للمفسوخ عليه قبل الفسخ، وجاز له استيفاءها إلا أنها لا تخرج عن كونها منافع ملك الفاسخ أيضاً؛ إذ هي متدرجة الوجود، فالمقدار الموجود منها حال ملكية منافع ملكه، وقد أتلفها المفسوخ عليه عليه بالاستيفاء، فلابدَّ من ضمانها بناءً على عود العين كما كانت حين العقد إلى الفاسخ.

ومما ذكرنا ظهر ما في كلام العلامة أيضاً، من ضمان أجرة المثل للمدة الباقية وأنَّ مقتضى القاعدة على ما عرفت ضمان النقص الحادث بسبب كونها مسلوبة المنافع، فهو ضامن لأجرة المثل وللنقص الحادث، إلا أنَّ الغالب أنَّ مقدار النقص مطابق لمقدار أجرة المثل؛ فيصح اطلاق العلامة﵀.

والغرض أنَّه لو فرض التفاوت فالقاعدة تقتضي ما ذكرنا من ضمان النقص

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٤.

دون خصوص أجرة المثل، هذا.

وأما ما ذكره المصنّف من الفرق بين صورة التفاسخ التي ذكرها العلامة وحكم فيها بأجرة المثل، وبين ما نحن فيه فلا وجه له؛ إذ المدار على عود العين إلى المالك الأول بعد اجارة المالك الثاني اجارة صحيحة لازمة، ولا يتفاوت الحال بين كونه بالفسخ أو بالتفاسخ، نعم لو انتقل إليه بغير الفسخ ـ مثل الشراء أو الارث أو نحوهما ـ فلا ضمان للنقص ولا لأجرة المثل، وسيأتي تمام البيان إنْ شاء الله في أحكام الخيار.

٧٧٥ ـ قوله ﴿﴾**:(فالظاهر ثبوت الشركة ...الخ)**[1].

أقول: ظاهره الشركة في العين بالنسبة، وهو مشكل، بل مقتضى القاعدة كون الوصف والموصوف للفاسخ، فلو تراضيا على البيع كان شريكاً في القيمة بالنسبة، ولو فرض زوال الوصف بعد ذلك أو سقوطه عن المالية فلا شيء له، ولو كان ذلك بفعل غاصب يرجع عليه صاحب الوصف، هذا.

ولا فرق بين أنْ يكون ذلك الوصف بفعل الغابن أو بفعل الله أو بفعل أجنبي، فانّه مالك له على التقادير، وهذا هو المدار، لا عمله لعدم أخذه من باب أخذ الأجرة؛ لأن عمله إنّما كان في ملكه على ما بيّنه المصنّف، فلا أجرة له، هذا.

والظاهر عدم عدّ السمن من هذا القبيل، فلا يعد مالاً للغابن، بل يرده ولا شيء له، ويحتمل كونه مثل التعليم، خصوصاً إذا بدل مالاً كثيراً في تحصيله.

نعم، يظهر من صاحب الجواهر[2] في باب الفلس مفروغية كون مثل السمن ونحوه من الزيادة المتصلة تابعاً للعين، وكونه للفاسخ بلا عوض، هذا.

ولكن ذهب جماعة منهم المختلف[3] والمحقق الثاني في باب الفلس[4] إلى كونه للمفلس لا للبائع الفاسخ، وحكي عن الشيخ وجماعة تبعيته للأصل في العود

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٥: ٣٠٥.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ١٨١.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٢٥٢.

إلى البائع، فالمسألة هناك خلافية، والظاهر عدم الفرق بينها وبين ما نحن فيه إلا دعوى أنَّ استحقاق الرجوع في العين هناك طارٍ بعد الحجر، بخلاف المقام فانَّه بأصل العقد؛ فلا يلزم من القول بعدم التبعية هناك القول به هنا، لكن هذا الفرق غير فارق؛ إذ المدار على كون الزيادة مما يعد مالاً للمفسوخ عليه أو لا، بل هي تابعة للعين، ولا يحسب شيئاً على حدة.

والظاهر عدم عده مالاً إلا إذا كان كثيراً في الغاية، أو كان تحصيله محتاجاً إلى زيادة مؤونة، ويمكن دعوى اختلاف المقامات، وتمام الكلام في محل آخر، والغرض الاشارة الاجمالية.

٧٧٦ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو كانت الزيادة عيناً ...الخ)**(١).

أقول: توضيح الحال في الزيادة العينية كالغرس والبناء والزرع ونحوها في جميع المقامات على سبيل الاجمال، أنَّ تلك الزيادة إما أنْ توجد في أرض الغير بلا إذن منه، كما لو غرس الغاصب في أرض مغصوبة، أو بنى أو زرع أو نحو ذلك، وأما أنْ تكون باذن منه كما في العارية للغرس و نحوه، وأما أنْ توجد في ملك الموجد مع كونه متزلزلاً من جهة حق الخيار أو حق الشفعة أو نحوهما، وأما أنْ توجد في ملكه غير(٢) المتزلزل لكن طرأه الفسخ بسبب الحجر كما في المفلّس، أو أوجدها ثم حجر ورجع مالك العين أو بالاقالة، وأما أنْ تكون بتملّك أحدهما للأرض، والآخر للغرس ابتداءً، كأنْ يبيع مالك الأرض المغروسة الأرض من مشترٍ آخر، أو بأنْ يبيع الارض دون الغرس، أو بالعكس.

أما المسألة الأخيرة فانْ كان هناك قرينة على إرادة الابقاء بلا أجرة أو معها أو القلع بلا أرش أو معه فهو المتبع، وإنْ لم يكن إلا صرف كون أحدهما ملكاً لشخص، والآخر لآخر سواء كان التملّك بالبيع أو بغيره من الانحاء فمقتضى القاعدة البقاء مع الأجرة؛ لأنَّ ذلك مقتضى تسلّط كل منهما على ماله؛ لأنَّ مالك

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٥.

(٢) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «عدم التزلزل».

الغرس مالك للشجر مثلاً، لا للحطب، والمفروض أنّه إذا قلع يكون حطباً، بل وكذا إذا لم يخرج عن الشجرية بأنْ أمكن غرسه في موضع آخر؛ وذلك لأنّه مالك لهذا الشجر الشخصي الواقع في هذا المكان الخاص، فليس لصاحب الأرض اجباره على القلع.

ودعوى: أنّه على هذا فهو مستحق للبقاء؛ فلا وجه لأخذ الأجرة.

مدفوعة: بأنّ القدر المسلم من حق الابقاء إنّما هو مع الأجرة، وإلا فمالك الأرض أيضاً مسلّط على أرضه، فانتفاع الغير بها مجاناً منافٍ لسلطنته.

وأما المسألة الأولى فلا اشكال فيها، فانّ صاحب الأرض مسلّط على القلع مجاناً؛ لأنّه ليس لعرق ظالم حق، ولو لزم من القلع الضرر عليه، فانّه قد أقدم عليه، بل وكذا الحال إذا لم يكن على وجه العدوان [كأن] كان مشتبهاً أو مقبوضاً بالعقد الفاسد مع الجهل بالفساد، فالمدار في الظالمية على عدم الاذن المعتبر شرعاً.

نعم، في هذه الصورة يمكن أنْ يقال بعدم الوجوب إذا استلزم ضرر؛ لقاعدة لا ضرر، ولا اقدام منه، إلا أنْ يقال جهله بالفساد أو اشتباهه في الموضوع لا يمنع من صدق الاقدام، مع أنّ الابقاء ـ ولو مع الأجرة ـ ضرر على المالك أيضاً فيتساقط الضرران، ويبقى قاعدة السلطنة في جواز الاجبار على القلع أو المباشرة له، وهذا هو الأقوى.

وأما مسألة الفلس فمقتضى القاعدة فيها أيضاً الابقاء مع الأجرة؛ لأنّ ما دل على جواز الرجوع في عين المال لا يقتضي أزيد من جواز الفسخ وتملّك الأرض، والمفروض أنّ المفلس أيضاً مالك للغرس بما هو غرس، وعرقه حق فهو أيضاً مسلّط على ماله، غاية الأمر أنّ مقتضى عود العين إلى البائع كما كانت عليه حين العقد ـ أنّه لو فرض نقص فيها من هذه الجهة ـ أنْ يكون على المفلس، فيجوز له أنْ يضرب به مع الغرماء، مضافاً إلى الأجرة؛ ولهذا ذهب المشهور إلى وجوب الابقاء وعدم جواز القلع والاجبار عليه.

نعم، عن الشيخ في المبسوط[١] جواز القلع مع الأرش؛ لأنَّ مقتضى جواز الرجوع في العين استحقاق منافعها أيضاً.

وفيه: أنَّه أعم من ذلك ومن استحقاق أخذ الأجرة، هذا ولكن المشهور قائلون بالابقاء مجاناً على ما قيل، ويظهر من المسالك[٢] عدم الخلاف في ذلك بينهم، والأقوى ما عرفت من وجوب الابقاء مع الأجرة، ومن هذا يظهر حال مسألة الاقالة، وكذا حال مسألة الخيار والأخذ بالشفعة؛ إذ لا فرق بينهما وبين الاقالة ومسألة الفلس إلا بالتزلزل فيهما دونهما، وهو لا يوجب شيئاً بعد أنْ كان الوضع بحق، وفي ملك.

نعم، لو قلنا إنَّ حق الخيار أو الشفعة يتعلّق بالعين، نظير حق الرهن لا بالعقد فقط يلزمنا القول بجواز القلع أو الاجبار عليه؛ لأنَّ مقتضى تعلّق حق ذي الخيار بالعين تسلّطه على دفع ما ينافيه.

لكن التحقيق عدم تعلّق الحق إلا بالعقد؛ بمعنى السلطنة على حله، وأنَّه لا ربط له بالعوضين، وإلا فلا بدَّ من القول بالمنع عن التصرفات فيهما في زمان الخيار كما هو مذهب بعضهم كما أشرنا إليه سابقاً، وسيأتي تحقيقه لاحقاً.

والحاصل: أنَّه بناءً على ما هو الحق من عدم كون الحق متعلقاً بالعين يكون حال الخيار حال مسألة الفلس؛ إذ التزلزل لا يقتضي إلا جواز الفسخ وعود العين إلى مالكها الأول إنْ كانت موجودة، وعوضها إنْ كانت تالفة، وهذا لا يقتضي كون الغرس بغير حق؛ إذ لا دخل للعين بالفاسخ قبل فسخه، نعم على مالك الغرس بذل الأجرة وغرامة النقص الحاصل بسبب ذلك إنْ قلنا بضمانه للنقص، ووجوب رد العين كما كانت حين البيع حسبما عرفت.

ومما ذكرنا ظهر ما في تحقيق المصنّف ﷺ فانَّ مبناه كون الغرس واقعاً في ملك متزلزل، وقد عرفت أنَّه لا ينافي سلطنته على الابقاء، فانَّه مقتضى قاعدة السلطنة

---

(١) المبسوط ٢: ١١٣، و ٢: ٢٠٦.

(٢) مسالك الافهام ٤: ١١٠.

على المال الذي هو الغرس بوصف أنّه غرس في المكان الخاص، وليس هذا راجعاً إلى حق في الأرض، وعلى تقديره فليس بلا دليل، بل الدليل قاعدة السلطنة، كما أنّها الدليل على استحقاق الأجرة حسبما عرفت.

وأما مسألة العارية فالمشهور بينهم جواز الاجبار على القلع لكن مع الارش، وعن أبي علي عدم وجوب الاجابة في العارية للغرس والبناء، وعن الشيخ في المبسوط (إذا أذن له في الغرس إلى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف)[1]، وربما ينقل عن بعضهم القول الأول ـ أعني جواز الاجبار مع الاستشكال في الارش أيضاً ـ.

والتحقيق: عدم الاجبار لما عرفت من أنّه مقتضى قاعدة السلطنة، فانّ مالك الغرس مالك له بحق، وجواز العارية لا يقتضي أزيد من استحقاق الأجرة على البقاء بعد الرجوع.

فانْ قلت: إنّ اقدامه على العارية التي من شأنها رجوع الغير اقدام على الضرر؛ فينبغي جواز القلع بلا أرش.

قلت: لا نسلّم صدق الاقدام؛ لما عرفت من أنّ الجواز لا يقتضي إلا استحقاق الأجرة بعد الفسخ، وإلا فنحن نقول إنّ المالك أقدم على ضرر نفسه بالاذن في الغرس الذي يوجب سلطنة المستعير على ابقائه، بل هو كذلك عرفاً، فانّهم يجعلونه المقدم على ضرر نفسه دون المستعير، فكأنه باذنه في الغرس قد فوّت على نفسه المنفعة.

نعم، هذا إذا كانت مؤقتة، وإلا فله الرجوع فيما بعد الوقت والاجبار على القلع بلا أرش.

ومن ذلك يظهر حال مسألة الاجارة للغرس مدة معينة، فانّه يستحق فيما بعد المدة قلعه بلا أرش، وإنْ فسخ في الاثناء فعليه الصبر مع الأجرة إلى آخر المدة، من غير فرق بين كونه بالخيار أو بالاقالة أو نحوهما، ثم لا فرق في جميع ما مرّ بين

---

(١) المبسوط ٢: ٥٥.

الغرس والزرع، وما يقال من أنّ في الثاني يجب الصبر ـ لأنّ له أمداً ينتظر وإنْ لم نقل به في الأول ـ كما ترى.

٧٧٧ ـ قوله ﷺ: (أعني تفاوت ما بين كونه منصوباً ...الخ)[١].

أقول: لا وجه لذلك بعد عدم استحقاقه بقاء الغرس، من غير فرق بين أنْ يقوّم مع اعتبار كونه باقياً بالأجرة، أو بلا أجرة كما اختار كلاً منهما جماعة في باب العارية.

بل التحقيق ما ذكره صاحب الجواهر[٢] في ذلك الباب وغيره من أنّه يقوّم ثابتاً مستحقاً للقلع ومقلوعاً؛ إذ لو قلنا بعدم وجوب ابقائه فلا وجه لتقويمه باقياً؛ لأنّ المفروض عدم استحقاقه ذلك.

ومن هذا يظهر ما في كلام المصنّف ﷺ من أنّ كونه مالاً للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً ...الخ، فانّا نقول إذا كان مالاً له على صفة النصب دائماً فمقتضاه استحقاق البقاء، وعدم جواز الاجبار على القلع؛ لأنّه مسلّط على ماله الكذائي.

٧٧٨ ـ قوله ﷺ: (ومرجع دوامه إلى دوام ثبوت ...الخ)[٣].

أقول: إنّ هذا يكفي في عدم حواز الاجبار وإنْ لم يعتبر كونه مستحقاً للمكان؛ فانّ استحقاق البقاء لا يدور مدار ثبوت الحق في المكان، مع أنّ لنا أنْ نقول هذا عين كونه مستحقاً للمكان، وبعبارة أخرى السلطنة على المال الكذائي في قوة استحقاق المكان، فتدبّر.

٧٧٩ ـ قوله ﷺ: (وجوه ذكروها ...الخ)[٤].

أقول: التحقيق هو الأخير، والأحوط الوسط؛ لأنّ فيه ـ أعني في الأخير ـ رعاية سلطنة المالك على ماله، فما لم تمنع لا يجوز التصرف في ماله، ومع امتناعه

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٧.
(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٩٣.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٧.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٩٨.

يسقط حرمة ماله، ولا دليل على الرجوع إلى الحاكم، إلا أنّه أحوط.

ولا فرق بين المقام وبين ما ذكره في مسألة الاغصان، وكون الدخول بغير فعل المالك أو بفعله لا دخل له بعد كون فعل المالك في المقام تصرفاً في ملكه، وكونه بحق.

نعم يمكن أنْ يقال: لا يجب على المالك الاجابة إلى القلع، بل يجوز له أنْ يقول أنا لا أقلع، فانْ شئت تخليص مالك فاقلعه، ولا فرق في هذا أيضاً بين المقامين، فتدبّر.

٧٨٠ ـ **قوله**ﷺ: (**لأنّ انتقال الأرض** ...الخ)[١].

أقول: قد عرفت أنّه لا فرق في استحقاق الأجرة بين كون الفسخ بسبب سابق أو بسبب لاحق، ولا بين كون الانتقال بفسخ أو غيره، وأنّ ملاك وجوب الأجرة هو الانتفاع بمال الغير ما لم يرضَ بالمجانية.

٧٨١ ـ **قوله**ﷺ: (**فتأمل** ...الخ)[٢].

أقول: الظاهر أنّه إشارة إلى ما ذكرنا من عدم الفرق.

٧٨٢ ـ **قوله**ﷺ: (**أقواهما الثاني** ...الخ)[٣].

أقول: بل لا وجه للأول أصلاً كما لا يخفى.

٧٨٣ ـ **قوله**ﷺ: (**فهو في حكم التالف** ...الخ)[٤].

أقول: رلو كان الامتزاج في الصورة المفروضة في باب الغصب، بأنْ يكون الغاصب غصب ماء الورود وخلطه بزيته فالحكم كذلك أيضاً، فيؤخذ منه القيمة، ولا اشكال فيه.

وأما إذا كان الامتزاج اتفاقياً وكان كل منهما لشخص فيكون الزيت لصاحبه من

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٨.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩٨.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٨.

(٤) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.

غير ضمان، فانَّ مال الآخر قد تلف بلا ضمان من أحد.

وكذا لو كان بفعل مالكه، وإنْ كان بفعل صاحب الزيت اشتباهاً، أو بفعل ثالث ضمن، والوجه واضح، وفي باب الفلس أيضاً بعد الصورة المفروضة من عدم بقاء العين فلا خيار للبائع.

٧٨٤ـ **قوله**: (**وجهان من لحصول** ...الخ)[١].

أقول: يمكن أن يقال: إنَّ المغبون مخيّر بين أخذ العوض وبين اختيار الشركة؛ وذلك لأنَّ عين ماله موجود في الضمن، فله أنْ يطالبهما، ويكون طريق ذلك الشركة، بمعنى الشركة في الثمن، لا في العين؛ إذ لا دليل عليها، وله أنْ يطالب العوض لمكان حيلولة الغابن بينه وبين شخص المال هذا، ولو رضيا بالشركة في العين أيضاً جاز.

ثم الظاهر أنَّ مراد المصنّف من الشركة ما ذكرنا بقرينة ما يذكره بعد ذلك، لا الشركة في العين؛ لما عرفت من عدم الدليل، هذا.

ولو فرض هذه الصورة في مسألة الفلس فالظاهر أيضاً عدم الخيار؛ لعدم صدق قيام العين الذي هو المناط في خيار البائع، ويحتمل بعيداً القول بالخيار بدعوى أنّه يصدق القيام وإنْ كان غير متميز، وحينئذٍ فيكون شريكاً بنسبة القيمة في الثمن.

وأما لو كان الخلط بفعل الغاصب فالحكم كما في الخيار، فيجيء فيه الوجهان، أو الوجوه، لكن الاشهر كما في الكفاية[٢] الضمان، وحكي الشركة عن التذكرة، وعن المسالك[٣] له وجه؛ لأنَّ اسقاط حقه من العين مع وجودها بعيدة، وظاهرهما الشركة في العين، وهي كما ترى، وفي الجواهر[٤] نفي البأس عن الشركة في القيمة، فتدبّر.

ولو كانا اتفاقياً وكانا لمالكين فالحكم كما ذكره المصنّف من الشركة، بمعنى

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩، أشار في الحاشية إلى وجودها في نسخة.
(٢) الكفاية ١: ٢٦٠.
(٣) مسالك الافهام ١٢: ٢١٦.
(٤) جواهر الكلام ٣٧: ١٦٥.

الشركة في الثمن.

٧٨٥ ـ قوله ﷺ: (يثبت الشركة ...الخ)[١].

أقول: وكذا الكلام في الفلس والغصب والمزج الاتفاقي فيما لو كانا لمالكين، والظاهر اجماعهم على ذلك في الجملة، ومرادهم الشركة في نفس العين حسب ما ذكروه في باب الشركة، من أنّ أسبابها المزج بغير اختيارهما، لكن فيه اشكال، بل مقتضى القاعدة بقاء كل من المالين على ملك صاحبه؛ فيكونان شريكين في الثمن؛ لأنّه الطريق إلى التوصل إلى الملك، فلو أراد أحدهما بيع ماله من شخص جاز له بيع ماله الواقعي، فيكون حال المشتري حاله في شركته في الثمن مع الآخر.

نعم، حكي عن ابن ادريس[٢] في باب الغصب أنّ الغاصب مخيرٌ بين دفع المثل واعطاء قدر الحصة من العين، قال (إنّ مال المالك كالمستهلك) وادعى أنّه الذي يقتضيه مذهبنا.

وفيه: أنّ كون مال المالك كالمستهلك ليس بأولى من كون مال الغاصب كذلك، مع أنّه لا يصدق الهلاك قطعاً، ولو جعل الاختيار بيد المالك في أخذ العين أو العوض لمكان الحيلولة كان أولى، لكن فيه أيضاً أنّ الاعطاء من نفس العين أقرب إلى ماله من اعطاء العوض مشتمل على ماله وغيره، بخلاف العوض الخارجي، نعم لو كان للمالك غرض في عدم أخذ الحصة من العين من جهة كونها مشتبهة أو محرمة في نظره جاز له المطالبة بالعوض حينئذٍ، فتدبّر.

٧٨٦ ـ قوله ﷺ: (وفي استحقاقه لأرش ...الخ)[٣].

أقول: الأحسن في بيان المطلب أنّ يقال: لو كان بالأردىء فهل يكون شريكاً في الثمن، أو في العين مع الأرش، أو في العين على حسب القيمة وجوه، ثم لو فرض هذه الصورة في مسألة الفلس فالحكم كذلك، ويحتمل القول بعدم الخيار لعدم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.
(٢) السرائر ٢: ٤٨٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.

قيام العين، لكنه بعيد.

ولو فرض في المزج الاتفاقي فالظاهر الاشتراك على حسب القيمة؛ لعدم الدليل على الشركة في العين، ولو فرض في الغصب فمقتضى القاعدة تخيير المالك بين التضمين [والرضا بالشركة في القيمة، ويحتمل التخيير بين التضمين][١] والشركة في العين مع الأرش، وهو مختار جماعة كالقواعد والتذكرة وجامع المقاصد والروضة، قالوا لأنَّه في حكم المستهلك، إلا أنَّ حق المالك لا يسقط من العين بفعل الغاصب مع امكان التوصل إلى البعض، والنقص مجبور بالأرش، وعن المبسوط والسرائر والارشاد واللمعة والدروس التضمين، بل عن التنقيح[٢] لا خلاف فيه، ويحتمل القول بتعيّن الشركة إما في القيمة أو في العين مع الأرش، والأقوى ما ذكرنا أولاً.

ثم لا يخفى أنَّ اشكال الربا الآتي في الفرض الآتي آتٍ في هذا الفرض أيضاً بناء على الشركة في العين مع الأرش، أو فيها على حسب القيمة.

٧٨٧ ـ قوله ﷺ: (ويحتمل الشركة ...الخ)[٣].

أقول: ويحتمل الشركة في العين بقدر ماله، ويعطي المغبون تفاوت الجودة، وفي مسألة الفلس يجيء الاحتمالات مع زيادة عدم الاختيار؛ لعدم قيام العين كما اختاره الشيخ والفاضل في بعض كتبه، وفي باب الغصب أيضاً كذلك، لكن عن جماعة الشركة في العين من غير رد التفاوت، لأنَّ الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدواناً فلا يسقط حق المالك من العين، كما لو صاغ النقرة خاتماً، أو علّم العبد صنعة، أو علف الدابة فسمنت، ودخول الضرر على الغاصب إنَّما هو بسوء اختياره، وهو كما ترى؛ إذ لا وجه لذلك مع وجود عين مال الغاصب الموجب لزيادة القيمة.

---

(١) ما بين القوسين سقط من نسخة «ب» و «جـ».
(٢) حكاه عنهم الجواهر ٣٧: ١٦٤.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.

وعن الشيخ في المبسوط[١] أنَّ الغاصب بالخيار بين اعطائه من العين أو من غيرها مثل ماله؛ لأنَّه كالمستهلك، وهو أيضاً كما ترى.

والأولى أنْ يقال: إنَّ المالك مخيّر بين التضمين ـ للحيلولة ـ والشركة في القيمة، إلا أنْ يرضى الغاصب بدفع العين بقدر ماله.

وأما في مسألة المزج الاتفاقي إذا كانا لمالكين فيحتمل الشركة في القيمة، وبقاء كل من المالين على ملك صاحبه، ويحتمل الشركة في العين على حسب القيمة، ويحتمل الشركة فيها بقدر المال لفوات وصف الجودة على مالك الجيد، والأقوى الأول ، نعم لو رضي صاحب الجيد بالتقسيم كان له.

٧٨٨ ـ **قوله** ﴿ره﴾: **(وهو حسن مع عموم ...الخ)**[٢].

أقول: الشركة القهرية ليست معاوضة، فبناءً على العموم أيضاً يشكل الحكم بالحرمة، إلا أنْ يقال بالعموم حتى للتعاوض القهري، وهو بعيد.

نعم، لو لم نقل بالشركة في العين كذلك، لكن تراضيا على ذلك أمكن أنْ يقال بالحرمة والبطلان؛ من جهة أنَّ الشركة حينئذٍ اختيارية، فيصير التعاوض حينئذٍ اختيارياً وإنْ لم يكن بعنوان المعاوضة، نظير التقسيم حيث إنَّه عنوان مستقل لكنه راجع إلى المعاوضة، فانْ قلنا بعموم الربا لكل تعاوض اختياري وإنْ كان لا بعنوان المعاوضة جاءت الحرمة والفساد في الشركة الاختيارية، والقسمة كذلك، وعلى أي حال فلا يشمل الشركة القهرية إلا على الاحتمال السابق، هذا.

وقد ظهر مما بيّنا حكم كلي مسألة امتزاج المالين لمالكين أو لمالك واحد إذا طرىء ملكية الغير لأحدهما بالفسخ أو نحوه اجمالاً، وتفصيل حال المسألة وبيان الاقسام والاحكام المختصة بكل قسم، والمشتركة بينها يحتاج إلى عنوان مستقل، ومزيد تأمل وبيان، والله المستعان، ولعلنا نتكلّم عليها مستقلة مفصلة إنْ ساعدنا الزمان ووفقنا ربنا المنان.

---

(١) حكاه عنهم الجواهر ٣٧: ١٦٢.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٩٩.

٧٨٩ ـ **قوله**ﷺ: **(في مورد التعليل** ...الخ)[١].

أقول: وهو ما لو كان بتصرف المغبون بالنقل إلى الغير قبل العلم بالعيب.

٧٩٠ ـ **قوله**ﷺ: **(يوم التلف أو يوم الفسخ** ...الخ)[٢].

أقول: لا وجه لاعتبار يوم التلف؛ لأنَّ الانتقال إلى الغابن إنَّما هو من حين الفسخ؛ فلا بدَّ من اعتبار قيمته حينه، لا حين التلف الذي كان ملكاً للمغبون.

٧٩١ ـ **قوله**ﷺ: **(ورجع الغابن إلى المتلف** ...الخ)[٣].

أقول: لا وجه للرجوع إليه إذا لم يتلف ماله، وإنَّما أتلف مال المغبون فاشتغلت ذمته بعوض له، خصوصاً إذا قلنا بالانتقال إلى البدل من حين التلف، وخصوصاً في القيميات.

نعم على القول ببقاء نفس العين في ذمة المتلف إلى حين أخذ البدل يمكن دعوى أنَّ الغابن يجد ما صار ملكاً له بالفسخ في ذمة المتلف، فيرجع عليه بناءً على ما حققناه سابقاً من أنَّ مقتضى عود نفس العين إلى مالكها وإنْ كانت تالفة، لا الانتقال إلى البدل أولاً؛ إذ معه لا وجه للرجوع إلى المتلف أيضاً؛ إذ الفسخ على هذا يؤثر في شغل ذمة المغبون، غاية الأمر أنَّ له الرجوع على المتلف.

٧٩٢ ـ **قوله**ﷺ: **(وإنْ فسخ أخذ الثمن** ...الخ)[٤].

أقول: لا وجه له، بل التحقيق أنَّ الغابن يغرم للمغبون القيمة يوم التلف، ويغرم المغبون له قيمة يوم الفسخ، وتظهر الثمرة في تفاوت القيمتين.

٧٩٣ ـ **قوله**ﷺ: **(ظاهر الأكثر الأول** ...الخ)[٥].

أقول: قد عرفت أنَّه لا وجه له، وكونه ظاهر الأكثر أيضاً محل تأمل.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٠.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٠.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٠.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٠.
(٥) كتاب المكاسب ٥: ٢٠١.

٧٩٤ــ **قوله ﷺ: (دون تلف العين ...الخ)**(١).

أقول: وإلا لقالوا بقيمة يوم البيع؛ لأنّه زمان تلف العين بالنقل إلى الغير.

٧٩٥ــ **قوله ﷺ: (رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن ...الخ)**(٢).

أقول: كان عليه ذكر هذا الاحتمال في تلف ما في يد المغبون أيضاً كما ذكرنا؛ إذ لا فرق بين المقامين كما لا يخفى.

والتحقيق بناء المسألة في المقامين على كيفية الضمان، وأنّ الانتقال إلى البدل من حين التلف أو من حين التعزيم، وأنّ الثابت في الذمة نفس العين ولو في القيميات ما لم يأخذ البدل، فكل من الاحتمالين الأولين مبني على قول في ذلك الباب، فتدبّر.

٧٩٦ــ **قوله ﷺ: (ويحتمل التخيير ...الخ)**(٣).

أقول: هذا الاحتمال أيضاً يجري في تلف ما في يد المغبون، وهو الأقوى في المقامين بناءً على كون العين في العهدة إلى حين أخذ البدل، وأما بناءً على الانتقال إلى البدل من حين التلف فالوجه الرجوع على المغبون في المقام الأول، وعلى الغابن في هذا المقام؛ لما مرت الاشارة إليه.

❑ هل يثبت خيار الغبن في غير البيع

٧٩٧ــ **قوله ﷺ: (لا يخلو عن قوة ...الخ)**(٤).

أقول: هذا هو الأقوى؛ لشمول جميع الأدلة المتقدمة لما عدا البيع أيضاً، سوى الاجماع، لكن ينبغي التقييد بما لم يكن مقدماً على الغبن والضرر نوعاً أو شخصاً؛ فلا يجري في الصلح المحاباتي، ولا فيما كان محتملاً للزيادة وكان مسامحاً في ذلك، فما ذكره البعض المتقدم من التفصيل هو المتبع؛ لما ذكره المصنّف من

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠١.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٠١.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٢.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٥.

قصور الأدلة عن الشمول لمثل تلك الصورة، ولا يمكن التتميم بعدم القول بالفصل كما لا يخفى.

❑ هل خيار الغبن على الفور أو التراخي

٧٩٨ـ **قوله** ﷺ: **(ويمكن الخدشة في جميع** ...الخ)[1].

أقول: لا يجتمع الخدشة في الاستصحاب مع الخدشة في الاقتصار على القدر المتيقن، فانَّه لو لم يجرِ الأول كان اللازم الاقتصار؛ إذ المفروض أنَّ الأصل في البيع اللزوم.

٧٩٩ـ **قوله** ﷺ: **(وأما ما ذكره في جامع المقاصد** ...الخ)[2].

أقول: محصل كلامه في هذه الخدشة أنَّ العموم الأزماني قسمان، قسم منه يكون الزمان فيه ملحوظاً على وجه الاستمرار بالنظر الوحداني، سواء كان مستفاداً من الاطلاق المنزل على العموم بدليل الحكمة، أو من ظاهر اللفظ، بأنْ كان عموماً لغوياً.

وقسم منه يكون ملحوظاً على وجه العموم، بأنْ يكون كل فرد منه موضوعاً مستقلاً، نظير العموم الأفرادي، غاية الأمر أنَّ أفراده الأزمان، فالأول كقوله «أكرم العلماء دائماً»، والثاني كقوله «أكرم العلماء كل يوم»، والزمان في الأول ظرف للحكم، وفي الثاني قيد مكثر للموضوع، بمعنى أنَّ اكرام زيد يوم الجمعة فرد، ويوم السبت فرد آخر وهكذا، بخلاف القسم الأول فانَّ اكرام زيد في جميع الأزمنة فرد واحد مستمر.

ففي القسم الأول إذا خرج بعض الأزمنة بالنسبة إلى بعض الأفراد لا يجوز التمسك بالعموم في باقيها؛ لأنَّ المفروض أنَّه فرد واحد مستمر، فاذا خرج فلا يبقى مجال للتمسك بالعموم؛ إذ لا يلزم من خروج بقية الأزمان زيادة تخصيص حتى يقال الأصل عدمها.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٧.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٧.

وفي القسم الثاني يجوز التمسك به؛ لأنّ كل زمان موضوع مستقل، فخروج بعضها لا يوجب خروج البقية، والاصل عدم خروج أزيد من القدر المعلوم؛ لأنّ خروجه مستلزم لتخصيص آخر، فمرجع الشك في الأول الاستصحاب، وفي الثاني العموم.

ثم إنّ في القسم الأول مع الاغماض عن الاستصحاب أيضاً لا يجري العموم، وهو واضح، وفي القسم الثاني مع الاغماض عن العموم أيضاً لا يجري الاستصحاب؛ لأنّه من قبيل إسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر، وهو قياس لا استصحاب.

قلت: لا يخفى أنّ الواجب في القسم الأول أيضاً اكرامات عديدة بعدد الأيام، غاية الأمر أنّها ملحوظة بلحاظ وحداني، ولهذا لو أكرم في بعض الأيام دون بعض يحصل الامتثال بالنسبة إلى الأول، والمخالفة بالنسبة إلى الثاني، وليس من قبيل التكليف الارتباطي كالامساك في الصوم الواجب إلى الغروب؛ حيث إنّه أمر واحد مستمر مرتبط، فلو لم يمسك بعض اليوم يسقط الامتثال رأساً، وفيما نحن فيه لو وفى بالعقد في بعض الأوقات حصل الامتثال بالنسبة إليه قطعاً، وإنْ حصل المخالفة أيضاً بالنسبة إلى البعض المتروك.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ في كلامه نظر من وجوه:

أحدها: أنّ ملاك التمسك بالعموم عند الشك إنّما هو ظهور العموم وشموله لمورد الشك بحسب نظره اللفظي، لا جريان أصالة عدم التخصيص، فانّه لا معنى لهذا الاصل إلا ظهور العموم ونظره، وكذا الحال في أصالة الاطلاق وأصالة الحقيقة، وحينئذٍ فنقول لا شك في أنّ العموم في القسم الأول أيضاً ناظر إلى جميع الأزمنة، وجميع الأيام، بل جميع الآنات؛ لأنّ هذا معنى قوله «أبداً»، غاية الأمر أنّ تلك الأجزاء ملحوظة بلحاظ وحداني، لا بلحاظات عديدة، فهي أبعاض، لا أفراد، وإذا كان ناظر إليها مع خروج بعضها والشك في البعض الآخر لا مانع من الأخذ بمقتضى ظهوره ونظره؛ إذ لا فرق في كون كل من تلك الأزمنة داخلاً تحت

النظر بين كونه ملحوظاً مستقلاً، أو ملحوظاً بعنوان الجزئية، فمجرد كون خروج الباقي غير موجب لزيادة التخصيص لا يستلزم عدم التمسك بـالظهور؛ إذ ليس المدار فيه على زيادته ونقصانه، بل على كون المورد منظوراً فـي العـام أو غـير منظور، ولا اشكال في كون الجميع داخلاً تحت النظر الوحداني، فحال هذا القسم من العموم الأزماني حال العموم المجموعي، كما إذا قال «أكرم مجموع العلماء»، ومن المعلوم أنَّه لو شك في بعض الأفراد بعد خروج بعضها يتمسك فيه بالعموم، مع أنَّه ليس منظوراً على وجه الاستقلال، بل في ضمن المجموع.

ثم على فرض كون الملاك أصالة عدم التخصيص نقول يمكن أنْ يقال فـي المقام أيضاً أنَّ خروج بعض الأزمنة معلوم، وخروج البـعض الآخـر مشـكـوك، والأصل عدمه، وإنْ كان على فرض الخروج خارجاً مع ذلك البعض بعنوان واحد؛ إذ ليس المدار على كيفية الخروج وأنَّه اخراج واحد أو أزيد، بل المدار على كونه كثيراً أو قليلاً، سواء كان اخراجاً واحداً، أو اخراجين، وسواء كان الخـارج فـرداً مستقلاً، أو جزء لفرد ملحوظ على وجه الاستمرار، ولعمري إنَّـه مـن الوضـوح بمكان، ويزيده وضوحاً ملاحظة أنَّ قوله «أكرم العلماء دائماً» في قوة قوله «أكرم زيداً دائماً» «أكرم عمرواً دائماً» وهكذا، ومن المعلوم أنَّه لو قال أكرم زيداً دائماً وخرج منه بعض الأيام يتمسك بعموم قوله «دائماً» بالنسبة إلى البعض الآخر إذا شك فيه.

الثاني: أنَّ ما ذكره من أنَّ عموم الأزمان في القسم الأول تابع للأفراد، فاذا خرج بعضها لا يبقى محل للعموم بالنسبة إلى أزمان ذلك الفرد.

فيه أولاً: أنَّ هذا لا دخل له بالمطلب، فانَّه لا يوجب عدم كون الأزمان في حد أنفسها منظورة في العموم ومشمولة له، وخروج الفرد يمكن أنْ يكون من الرأس، وحينئذٍ لا يبقى محل للعموم الأزماني بالنسبة إليه، ويمكن أنْ يكون بالنسبة إلى بعض الأزمنة.

فانْ قلت: فعلى هذا الفرد خارج أو داخل.

قلت: خارج بلحاظ بعض الأزمنة، داخل بلحاظ بعضها الأخر، ولا يلزم من ذلك ملاحظة الأزمنة متعددة وعلى وجه الاستقلال، إذ يمكن لحاظ كل جزء على وجه الاستقلال، وعلى وجه التبعية والبعضية، وعلى التقديرين فهو ملحوظ.

والحاصل: أنّ اللحاظ قسمان، ولا فرق بينهما في مشموليته للعموم.

وثانياً: أنّ الحال في القسم الثاني أيضاً كذلك؛ إذ قوله «أكرم العلماء كل يوم» بمنزلة «أكرم زيداً كل يوم وعمرواً كل يوم» وهكذا، فلو خرج زيد عن العموم لا يمكن بقاء أزمنته، فالأزمنة فيه أيضاً تابعة للافراد، والسر فيه أنّ القضية المذكورة في الحقيقة مشتملة على عمومين، عموم أفرادي غير أزماني، وهو بالنسبة إلى زيد وعمرو، وعموم أفرادي أزماني وهو بالنسبة إلى أفراد الأزمنة، والثاني في طول الأول، لا في عرضه حتى يكون هناك عموم واحد أفرادي كما يظهر من بيان المصنّف؛ حيث جعل «أكرم زيداً يوم الجمعة» فرداً من العام وأكرامه يوم السبت فرداً آخر، وهكذا بالنسبة إلى بقية الافراد وبقية الازمان، فانّه خلاف ظاهر اللفظ، وخلاف متفاهم العرف، فانّ المستفاد من العبارة المذكورة في العرف ما ذكرنا من كون العموم الأزماني عموماً آخر في طول العموم الأول، لا رجوعهما إلى عموم واحد أفرادي، وإذا كان كذلك فكما أنّه لو علم بخروج بعض الأزمنة بالنسبة إلى بعض الأفراد لا يضر بدخول بقية الأزمنة، فكذلك الحال في القسم الأول.

وكون الأزمنة أفراداً أو أبعاضاً لا دخل له بالمطلب، ففي القسم الثاني أيضاً إذا خرج بعض الأزمنة بالنسبة إلى بعض الأفراد، وبقي بعضها الآخر نقول إنّ هذا الفرد خارج عن العموم الأول ـ أي العموم الأفرادي ـ وداخل فيه كل بلحاظ، ولا بأس به، فلا يضرنا ما إلتزمناه في القسم الأول من أنّ الفرد خارج وداخل بلحاظ أجزاء الأزمنة.

الثالث: ما ذكره من أنّ الزمان في الثاني قيد، وفي الأول ظرف.

فيه: أنّه يمكن أنّ يجعل في الثاني أيضاً ظرفاً، ويكون تعدد الأفراد من جهة أخرى، لا من جهة تقييدها بكل واحد من الأيام، فيكون الملحوظ اكرامات عديدة

بعدد الأيام مع كونها ظرفاً، بأنْ يكون المشخص لكل فرد فرد من الاكرامات أمر آخر غير الزمان، فليس تعدد الملاحظة دائراً مدار القيدية والظرفية، بل يمكن أنْ يقال كل أعم من كل.

والحاصل: أنَّ مناط الفرق على ما ذكره تعدد اللحاظ، سواء كان من جهة كون الزمان قيداً، أو كان من جهة أخرى؛ فلا وجه لما ذكره من أنَّ المناط كون الزمان في الأول ظرفاً، وفي الثاني قيداً، فتدبّر.

الرابع: ما ذكرهﷺ من أنَّه لو أغمض عن العموم أيضاً في القسم الثاني لا يجوز التمسك بالاستصحاب أيضاً.

فيه: أنَّ مدار الاستصحاب على ملاحظة دليل المخصص، لا العام؛ لأنَّ مجرد كون العام منحلاً إلى أحكام متعددة بعدد الأزمان لا يستلزم كون دليل الخاص أيضاً كذلك، فيمكن أنْ يكون الزمان قيداً مكثراً في العام، مع كونه ظرفاً في الخاص، فقوله «أكرم العلماء كل يوم» لا يستلزم أنْ يكون قوله «لا تكرم زيداً» أيضاً مثله، في كون يوم الجمعة قيداً، ويوم السبت أمراً آخر غيره، بل يجوز أنْ يكون الموضوع في الثاني نفس اكرام زيد، مع عدم التقيد بالزمان، فاذا فرض كون حرمة الاكرام في يوم الجمعة معلومة، وفي السبت مشكوكة يمكن التمسك بالاستصحاب، ولا يكون من اسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر.

والحاصل: أنَّ الاستصحاب تابع الدليل المستصحب، دون ما يكون دليل المستصحب مخصصاً له، فتعدد الملاحظة في الثاني، وكون الزمان ملحوظاً فيه على وجه القيدية لا يستلزم التعدد في الأول، بل يمكن أنْ يكون الأمر بالعكس أيضاً، بأنْ يكون الحكم في العام مع وحدة اللحاظ، وملاحظة الزمان ظرفاً، وفي المستصحب بعكسه، وهو كونه على وجه القيدية، فالعام بالنسبة إلى دليل المستصحب كسائر الأدلة بالنسبة إليه، فكما أنَّ جعل الزمان قيداً في قوله «أضف الشعراء في كل يوم» لا دخل له بقوله «لا تكرم زيداً يوم الجمعة»، كذلك قوله «أكرم العلماء»، ومجرد كونه مخصصاً له لا يوجب اتحادهما في اللحاظ؛ إذ لا

يتفاوت الحال في قوله «لا تكرم زيداً» بين وجود قوله «أكرم العلماء» حتى يكون مخصصاً له وعدمه، وهذا واضح جداً.

الخامس: مقتضى ما ذكره عدم امكان إرادة العموم بالنسبة إلى بقية الأزمان فيما لو خرج بعض الأزمنة في القسم الأول؛ لأنَّ المفروض أنَّ المجموع فرد واحد، وقد خرج عن العموم، ولا فرق في ذلك بين أنْ يكون الخارج أول الأزمنة أو وسطها أو آخرها، وعلى هذا فقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ لا يمكن أنْ يشمل البيع، لأنَّ زمان خيار المجلس خارج، فلا يمكن بقاء البقية، إلا أنْ يكون بيع لا يكون فيه خيار المجلس من جهة الاسقاط في العقد أو غيره، بل لازمه عدم شموله لشيء من الأفراد التي فيها خيار بأي وجه كان، ولو بعد سنة، بل ولو في آخر الدهر، فلو باع واشترط الخيار بعد ألف سنة لا يكون هذا البيع مشمولاً لقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾؛ لمكان خروج ما بعد الألف، وهو فرد واحد مستمر، لا يمكن أنْ يتبعّض بمقتضى ما ذكره، وهذا مما لا يمكن التفوّه به.

ودعوى الفرق بين الأول والآخر، وأنَّ العموم شامل إلى زمان الخروج وبعده لا يشمل وإنْ كان له قدر متيقن كما ترى.

بقي شيء: وهو أنَّ المصنّف جعل في باب الاستصحاب من الفرائد من قبيل القسم الثاني من العموم ما إذا قال «أكرم العلماء»، ثم قال «لا تكرم زيداً يوم الجمعة» قال (إذ الاستثناء قرينة على أخذ كل زمان فرداً مستقلاً، فحينئذٍ يعمل عند الشك بالعموم)(١).

وأنت خبير بأنَّ قوله «يوم الجمعة» يمكن أنْ يكون ظرفاً فلا يكون قرينة على ما ذكره، وعلى فرض كونه قيداً أيضاً لا يلزم كون الزمان في العام أيضاً كذلك؛ إذ لا دخل لأحدهما بالآخر، ولا ملازمة بينهما في ذلك كما لا يخفى.

ثم إنَّه‌ؒ جعل من قبيل القسم الأول مثل قوله «لا تهن فقيراً» حيث إنَّ النهي للدوام، ويمكن أنْ يقال عليه أيضاً أنَّ افادة النهي للدوام ليس من جهة إرادة

---

(١) فرائد الاصول ٣: ٢٧٤.

العموم الأزماني، بل هو من باب تعليق الحكم على الطبيعة، فانَّه إذا كان المطلوب ترك الطبيعة فلازمه الترك أبداً، فليس ذلك من جهة أنَّ الاستمرار ملحوظ فيه، فلا دخل له بهذه المسألة.

نعم، لو خرج بعض الأزمنة أمكن أنْ يقال مع ذلك بعدم جواز الاستصحاب، لا من جهة استفادة العموم، بل من جهة استفادة الاقتضاء من دليل النهي، وأنَّ الطبيعة تقتضي الترك، خرج ما خرج، وبقي الباقي، فلا يكون من العام الأزماني، لكن له حكمه، هذا.

ولكن التحقيق عدم كفاية مجرد الاقتضاء إلا بناءً على القول بكفاية المقتضي في ترتب الحكم، وإنْ لم يجرِ الاستصحاب، وهو فاسد، فمقتضى القاعدة التمسك باستصحاب حكم الخارج.

إلا أنْ يقال: لا فرق بين استفادة العموم من اللفظ أو من تعليق الحكم على الطبيعة، فعلى الثاني أيضاً يجوز الرجوع إلى العموم عند الشك بناءً على المختار، من عدم الفرق بين القسمين، فالثاني نظير استفادة العموم من الاطلاق من باب دليل الحكمة.

ويتحصّل من ذلك أنَّ القسم الأول من العموم الأزماني يكون على أقسام؛ إذ قد يكون العموم فيه مستفاداً من اللفظ كقوله «أكرم العلماء أبداً»، وقد يكون مستفاداً من دليل الحكمة، وقد يكون مستفاداً من تعليق الحكم على الطبيعة.

ثم إنَّ حال أدلة حل الاشياء أيضاً حال النواهي، كقوله «الغنم حلال» أو «الملح حلال»؛ إذ هي أيضاً من تعليق الحكم على الطبيعة، فبناء على التوجيه الذي ذكرنا يمكن عدها من قبيل القسم الأول من العموم، ولعله إليه نظر من عدّها منه، بل يظهر من المصنّف أيضاً ذلك؛ إذ لا فرق بينهما وبين دليل حرمة بعض الأفعال، وقد عدّه من قبيل القسم الأول فيلحقها حكمه على مختاره، وكذا على مختارنا، فيجوز الرجوع إليها عند الشك بناء على مختارنا، ولا نرجع إلى الاستصحاب، فتدبّر.

٨٠٠ـ قوله ﷺ: (**يظهر فساد دفع ...الخ**)[1].

أقول: الدافع صاحب الجواهر[2].

٨٠١ـ قوله ﷺ: (**فساد ما قيل في الاصول ...الخ**)[3].

أقول: القائل هو العلامة الطباطبائي، لكنه خصّ ذلك بالاستصحاب المخالف للأصل، قال (إنّ الاستصحاب المخالف للأصل دليل شرعي مخصص للعمومات ...إلى أنْ قال: ولذا ترى الفقهاء يستدلون على الشغل والنجاسة والتحريم بالاستصحاب في مقابلة ما دلّ على البراءة الأصلية وطهارة الأشياء وحليتها، ومن ذلك استنادهم إلى استصحاب النجاسة والتحريم في صورة الشك في ذهاب ثلثي العصير، وفي كون التحديد تحقيقياً أو تقريبياً، وفي صيرورته قبل ذهاب الثلثين دبساً، إلى غير ذلك)[4].

وقد وجه المصنّف في الاستصحاب[5] كلامه بأنّ مراده من العمومات ـ بقرينة تخصيصه الكلام بالاستصحاب المخالف ـ هي عمومات الأصول، وبالتخصيص ما يعم الحكومة، وحينئذٍ فكلامه موجه، وليس من تخصيص الاستصحاب للعموم الاجتهادي حتى يرد عليه أنّه أصل عملي لا محل له في مقابل الدليل، وهذا توجيه وجيه، وإنْ كان أول كلامه آبياً عنه هذا.

ويستثنى من عدم جواز العمل بالاستصحاب في مقابل العموم ما إذا كان جارياً في موضوع المخصص، كما إذا قال «أكرم العلماء كل يوم» وقال أيضاً «لا تكرم الفساق»، وكان زيد فاسقاً يوم الخميس، ثم شك في بقاء فسقه يوم الجمعة، فمقتضى العموم اكرامه، ومقتضى استصحاب الفسق العدم، إلا أنّ هذا في الحقيقة

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٤٤.

(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢٠٩.

(٤) فوائد السيد بحر العلوم ١١٦.

(٥) فرائد الاصول ٣: ٢٧٧.

ليس من تخصيص العموم، بل اثبات [موضوع][١] المخصص، وهو الدليل الاجتهادي، فرفع اليد عن العموم إنّما هو بقوله «لا تكرم الفساق»، والاستصحاب مثبت لموضوعه.

فانْ قلت: ما الفرق بينه وبين ما نحن فيه من تخصيصه للعموم، فانَّ فيه أيضاً الاستصحاب مجرى للدليل المخصص في اللاحق، مثلاً إذا قال «أكرم العلماء كل يوم»، وقال «لا تكرم الفساق»، وكان القدر المتيقن منه حرمة الاكرام يوم الخميس، وشك فيها في يوم الجمعة، فانَّ أصالة بقاء حرمة الاكرام تعمم دليل المخصص، وهو قوله «لا تكرم الفساق»، ولعله إلى هذا نظر العلامة الطباطبائي، فالممنوع من تخصيص الاستصحاب للعموم ما إذا كان مخصصاً بنفسه، لا مجرى للدليل الاجتهادي المخصص، وفي الحقيقة لا فرق بين تعميم موضوع المخصص بالاستصحاب كما في الصورة الأولى، وتعميم حكمه كما في هذه الصورة.

قلت: الفرق ما أشرنا إليه من أنَّ في الصورة الأولى المخصص هو الدليل الاجتهادي، وإلا فلا معارضة بين جريان استصحاب الفسق من حيث هو ووجوب اكرام العلماء عموماً، بخلاف هذه الصورة فانَّ الاستصحاب بنفسه معارض للعموم ومخصص له، فانَّ حرمة الاكرام ـ الذي هو مفاد الاستصحاب ـ ينافي وجوبه الذي هو مفاد العموم، فاذا رفعنا اليد عن العموم فقد رفعنا بواسطة الاستصحاب الذي هو أصل عملي لا محل له مع وجود الدليل الاجتهادي.

والسر أنّه بعد جريان الاستصحاب أيضاً لا يكون المخصص قوله «لا تكرم الفساق»؛ لأنَّ الاستصحاب ليس كاشفاً عن سعة دائرته، وأما في الصورة الأولى فهو محقق لموضوع الدليل ومثبت لأعميته في اللب، وإنْ لم يكن بنحو الكشف، بل بنحو الحكومة، فهو متصرف في الدليل المخصص في الصورة الأولى بنحو الحكومة، فكأنّه كاشف عن سعة دائرته، بخلاف هذه الصورة فانّه ليس حاكماً عليه أيضاً؛ حتى يكون كاشفاً حكمياً أيضاً، بل هو بنفسه معارض، غاية الأمر أنّه لا

---

(١) ما اثبتناه هو الصحيح، وفي الاصل «موضع».

يتحقق مورد إلا إذا كان هناك دليل دال على الحكم في الزمان السابق، فالفرق بين الصورتين بيّن.

٨٠٢ـ **قوله**ﷺ: **(وأما على التحقيق ...الخ)**[1].

أقول: التحقيق أنَّ تحقيق الموضوع غير مبني على المداقّة، بل الميزان فيه العرف على ما حققه المصنّف في الاصول، ومن المعلوم أنهم يجعلون الموضوع في المقام الشخص المغبون، أو الشخص المتضرر في المعاملة؛ إذ الموضوع عندهم معروض المستصحب، لا ما جعل موضوعاً في القضية.

بل أقول: يمكن أنْ يصدق عرفاً بقاء الموضوع ولو كان الحكم في الدليل معلّقاً على المتصف بوصف عنواني، كما إذا قال «الماء المتغيّر نجس» فزال التغيّر، فانّه لو شك في بقاء النجاسة يمكن الاستصحاب، بجعل الموضوع نفس الماء، لا هو بوصف أنّه متغيّر؛ إذ النجاسة عارضة لنفسه، والتغيّر علة للعروض.

والحاصل: أنّه يكفي بقاء معروض المستصحب وإنْ ارتفع سائر القيود التي يحتمل مدخليتها في الحكم؛ إذ معه لو أبقي الحكم السابق لا يقال إنّه من إسراء حكم موضوع إلى موضوع آخر، فيصدق على ابقائه البقاء، وعلى عدمه النقض عند العرف.

٨٠٣ـ **قوله**ﷺ: **(إلا أنْ يدعى ...الخ)**[2].

أقول: يعني أنّه على هذا لا شك في الحكم ولا في الموضوع؛ إذ هو معلوم الارتفاع، فالحكم أيضاً مرتفع، وأنّه لا شك في الموضوع، بل هو مقطوع العدم، فلو شك في الحكم لا يمكن اثباته بالاستصحاب؛ لعدم بقاء موضوعه، ولا يجري فيه المسامحة حينئذٍ، بخلاف ما لو كان المدرك الاجماع، فانَّ الموضوع وإنْ كان مشكوكاً إلا أنّه يمكن احراز بقائه بالمسامحة، فيستصحب الحكم، فتدبّر.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٠.

(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢١١.

٨٠٤ ـ **قوله**ﷺ: **(بعض المعاصرين ...الخ)**[١].

أقول: لا يخفى أنّ كلام هذا البعض ـ وظني أنّه الشيخ أسد الله[٢] التستريﷺ ـ في غاية المتانة، ومحصله أنّ المسألة مبينة على وجود العموم الزماني وعدمه، فانْ قلنا به نرجع إليه ونحكم بالفورية، وإنْ قلنا بالعدم نرجع إلى استصحاب الخيار، وهو ممن لا يفرق بين قسمي العموم ـ كما على المختار ـ ووجود العموم مبنيٍ على ملاحظة أنّ معنى الوفاء العمل بمقتضى العقد أبداً، ولو بأنْ يكون من جهة أنّ مفاد العقد الدوام، فلا بدَّ في صدق الوفاء من العمل به كذلك، أو أنّ معناه ترتيب أثر الملكية في أول وهلة.

ثم إنّ شأن الملكية المطلقة البقاء ما لم يرفعها رافع، فعلى الأول اللزوم إنّما يأتي من قبل العموم، وعلى الثاني إنّما يأتي من قبل الاستصحاب، فمع الشك في الخيار نرجع إلى العموم على الأول، وإلى الحالة السابقة على الثاني، وحيث إنّ الحالة السابقة في مقامنا هو الخيار فالاصل بقاؤه، وهو حاكم ومقدّم على استصحاب بقاء أثر العقد.

ثم إنّه اختار الوجه الأول؛ لأنّ مفاد العقد هو الدوام عرفاً، وبحسب قصد المتعاقدين، فيكون معنى الوفاء العمل به أبداً، ومراده من قوله (لأنّ حدوث الحادث مع زوال ...الخ) أنّ اللزوم أو وجوب الوفاء الحادث من الأول، إما لا يحكم ببقائه إذا زالت علته الموجبة له أولاً، وأما إذا كانت باقية فلا وجه لعدم الحكم ببقائه، وفي مقامنا علته هي المعاهدة على الملكية الأبدية، وهي باقية، فاللزوم أو وجوب الوفاء أيضاً باقٍ، فلا حاجة في الزمان الثاني إلى الاستصحاب، وحاصله أنّ وجوب الوفاء ليس آنياً، بل هو دائمي، فالعموم موجود.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١١.

(٢) في حاشية كتاب المكاسب، خرّجه المحقق على أنّه الشيخ كاشف الغطاء في تعليقته على اللمعة، وهي مخطوطة، وهو الاقرب، لأن الشيخ يعبر ببعض المعاصرين عنه وعن صاحب الجواهر.

٨٠٥ ـ قوله ﴿قدّس سرّه﴾: (مبنيٌّ لطرح العموم ...الخ)[1].

أقول: هذا ما اختاره المصنّف من الفرق بين قسمي العموم، والقائل المذكور لا يفرق بينهما على ما هو مقتضى التحقيق، فلا وجه للحكم بعدم المحصّل لكلامه من هذه الجهة.

٨٠٦ ـ قوله ﴿قدّس سرّه﴾: (فلا وجه للاغماض عن الآية ...الخ)[2].

أقول: بناءً على كون الوفاء إلى الحصول، وكون وجوبه آنياً كما هو مقتضى الوجه الثاني، لا مناص عن عدم التمسك بالآية وعن الرجوع إلى الاستصحاب، فلا وقع للايراد عليه على هذا التقدير.

نعم، التقدير خلاف الواقع، والقائل أيضاً اختار الوجه الأول، هذا مع امكان تقوية الوجه الثاني بأنّ الوفاء هو العمل بمقتضى العقد، ونمنع أنّ مفاده الدوام، بل مفاده الملكية المطلقة، وقوله «بعتك» إنّما يفيد ملكية المشتري، ومقتضى الملكية البقاء، ومعنى قوله تعالى «أوفوا» اعملوا بمقتضى بمعاهدتكم، وإذا لم يكن الدوام مأخوذاً في المعاهدة فلا دلالة على العموم الزماني؛ فيكفي في صدق الوفاء ترتيب أثر الملكية آناً ما، وبعده يصير هذا المال كسائر أموال المشتري، إلا أنْ يكون هناك ما يقتضي جواز الرجوع.

وإذا شك فيه فالاصل عدمه، وإذا ثبت جواز الرجوع فالاصل بقاؤه؛ لما ذكره القائل من ورود هذا الاصل على أصالة بقاء الملكية، فتدبّر.

٨٠٧ ـ قوله ﴿قدّس سرّه﴾: (كما في جميع الاحكام المستمرة ...الخ)[3].

أقول: الفرق بين المقام وسائر الأحكام المستمرة أنّ في المقام المقتضي للاستمرار هو العموم، وهو دليل اجتهادي، ولا يجوز معه الرجوع إلى الاصل، بخلاف سائر الموارد التي ثبت فيها استمرار الحكم من غير أنْ يكون هناك عموم

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٢.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢١٢.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢١٢.

دليل، فان مجرد المقتضي ليس دليلاً حتى يرجع إليه، فلا بدَّ من العمل بالاصل.

والحاصل: أنَّ العموم الموجود في المقام مانع عن الرجوع إلى الأصل؛ لأنَّه رافع للشك، فهو الدليل على العود بعد الانقطاع، وأما حيث لا عموم فلا دليل على العود.

٨٠٨ ـ **قوله**: **(لما عرفت من أنَّ الموضوع ...الخ)**[1].

أقول: قد عرفت أنَّ الميزان في تشخيص الموضوع هو العرف، وهو محرز في حكمهم في المقام؛ إذ هم يجعلون الموضوع في المقام شخص المغبون، هذا مع أنَّه قد بيّن في محله أنَّ الموضوع الذي لا بدَّ من احرازه في جريان الاستصحاب معروض المستصحب، لا موضوع القضية، وهو باقٍ في المقام قطعاً؛ إذ المعروض لحكم الخيار والمحل له هو الشخص، والضرر أو الغبن مناط في الحكم، لا جزء للمعروض، فالقيود المعتبرة في الحكم وإنْ كانت قيوداً للموضوع في الواقع وفي حكم العقل وجزءً له، إلا أنها ليست جزءً من المعروض حتى في المداقة العقلية، مثلاً إذا قال الشارع «الماء المتغيّر نجس» فالتغيّر جزء للموضوع في لسان الدليل وفي حكم العقل، إلا أنَّه ليس جزء للمعروض؛ إذ معروض النجاسة نفس الماء، والدليل الدال على وجوب بقاء الموضوع ـ وهو استحالة انتقال العرض، أو ثبوت الغرض بلا محل ـ لا يقتضي أزيد من بقاء المعروض.

ففي جميع الموارد التي يحكم العرف فيها ببقاء الموضوع على خلاف العقل أو خلاف لسان الدليل نقول الموضوع باقٍ حقيقة وفي حكم العقل من غير حاجة إلى المسامحة، وفي حكم العرف، فانَّ العقل أيضاً حاكم بأنَّ المعروض للنجاسة نفس الجسم، والمفروض أنَّ الذي يجب بقاؤه هو هذا دون موضوع القضية .

فانْ قلت: السر في وجوب بقاء الموضوع أنَّه لولاه لا يصدق البقاء والنقض.

قلت: نعم، ولكن صدقهما دائر مدار المعروض كما لا يخفى.

فالتحقيق أن يقال: إنَّ الخيار فوري بناءً على ثبوت العموم الزماني ولو كان

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٢.

القسم الأول منه، ومع عدمه أو الاغماض عنه فمقتضى القاعدة تراخيه؛ لاستصحاب الخيار، سواء كان المدرك الاجماع أو الخبر أو قاعدة الضرر أو غيرها.

نعم على القول بعدم حجية الاستصحاب في الشك في المقتضي نرجع مع عدم العموم إلى أصالة اللزوم الثابتة بغير العموم من الاستصحاب أو غيره.

٨٠٩ ـ **قوله**ﷺ: **(وفيه تأمل** ...الخ)[١].

أقول: وذلك لمنع كون مجرد جواز التأخير ضرراً، مع فرض أنّ الغابن غير ممنوع من التصرّف في زمان الخيار حتى الناقل والمتلف.

٨١٠ ـ **قوله**ﷺ: **(عدا هذا المؤيد الأخير** ...الخ)[٢].

أقول: يعني به لزوم الضرر على فرض التراخي، وإنّما استثناه لأنّ مقتضاه كما سيشير إليه أوسع من الفورية العرفية، بمعنى أنّ معه يجوز التأخير وإنْ خرج عن الفورية العرفية؛ لعدم الضرر في التأخير بهذا المقدار، وإنّما يلزم الضرر ـ بناءً على تسليمه ـ لو جاز التأخير إلى الأبد.

٨١١ ـ **قوله**ﷺ: **(لكن الذي يظهر التذكرة** ...الخ)[٣].

أقول: يمكن أنْ يقال بالفرق بين خيار العيب وهذا الخيار، فانّه مستند إلى النص، ويمكن دعوى شموله للتأخير أزيد من الفور العرفي بناءً على عدم الأخذ باطلاقه، وأما بناءً على الأخذ باطلاقه فالحكم جواز التأخير مطلقاً وإلى الأبد، وهذا بخلاف المقام فانّ الخيار فيه غير مستند إلى النص الخاص حتى يقال بشموله مع التأخير أزيد من الفور العرفي، فقول العلامة هناك لا يدل على القول به في المقام أيضاً، فتدبّر.

٨١٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ثم ان الظاهر** ...الخ)[٤].

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٣.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢١٣.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢١٣.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢١٤.

أقول: هذه الفروع إنّما تتم بناءً على كون مدرك الخيار قاعدة الضرر، وأما بناءً على التعبدية فيشكل عدم السقوط بالجهل والنسيان ونحوهما من الاعذار إذا قلنا بالفورية كما هو واضح ؛ فانَّ الجهل بالحكم الشرعي لا يوجب تغيّره عما هو عليه، ثم إنَّ المراد من الجاهل هو الغافل، لا الملتفت بقرينة ذكره للشاك بعد ذلك.

٨١٣ ـ **قوله**ﷺ: **(ويشكل بعدم جريان** ...الخ)(١).

أقول: يمكن منعه، فانَّ الضرر مستند حينئذٍ إلى الشارع، لا إلى اقدامه؛ إذ اقدامه إنّما هو بتخيّل بقاء الخيار، نعم لو كان محتملاً للفورية أمكن صدق الاقدام بترك المبادرة حينئذٍ.

٨١٤ ـ **قوله**ﷺ: **(وحكي عن بعض الاساطين** ...الخ)(٢).

أقول: لعله من جهة أنَّ مدرك ذلك الخيار غير قاعدة الضرر، فليس المناط واحداً.

٨١٥ ـ **قوله**ﷺ: **(فالأقوى القبول** ...الخ)(٣).

أقول: وذلك لاصالة عدم العلم، لكن لا يخفى عليك أنّه لو كان المناط في الفورية كون الموضوع هو المتضرر العاجز فاصالة عدم العلم لا تثبت ذلك، فالأقوى بناءً عليه عدم القبول؛ لاصالة عدم تأثير الفسخ.

٨١٦ ـ **قوله**ﷺ: **(ففيه أنّه لا داعي إلى اعتبار** ...الخ)(٤).

أقول: هذا الايراد وارد على العلامة من جهة أنَّ محل كلامه حق الشفعة، وهو ليس من باب الضرر، وأما في مقامنا فمقتضى القاعدة عدم السماع إلا مع وجود ظاهر معتبر؛ لما عرفت من أنَّ أصل عدم العلم لا يثبت الموضوع، وهو كونه متضرراً عاجزاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٥.
(٢) كتاب المكاسب ٥: ٢١٥.
(٣) كتاب المكاسب ٥: ٢١٥.
(٤) كتاب المكاسب ٥: ٢١٥.

٨١٧ ـ **قوله**ﷺ: **(فافهم** ...الخ)[١].

أقول: لعله اشارة إلى منع صدق الاقدام على الضرر بمجرد ذلك، هـذا وأمـا المكره على ترك المبادرة فالظاهر بقاء خياره، أما بناءً على كون المدرك قـاعدة الضرر فواضح، وأما بناءً على كونه تعبدياً فلحديث رفعِ الاكراه، وقد مرَّ سابقاً ما يمكن أنْ يقال فيه في خيار المجلس فراجع ثمة[٢].

(١) كتاب المكاسب ٥: ٢١٦.
(٢) تعليقة ٥٩٣.

المحتويات

بحمد الله